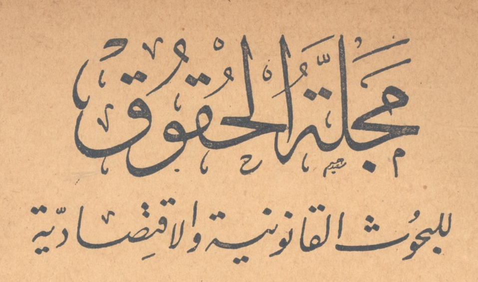


تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : **الدكتور زكى عبد المتعال**

رئيس التحرير : **الدكتور حسين فهمى**

السنة السادسة (١٩٥٢ — ١٩٥٤)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

السنة السادسة (١٩٥٢ — ١٩٥٤)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

الفهرس

القسم العربى :

القسم الفرنسى :

مجلة الحقوق فى عامها السادس

تستقبل مجلة الحقوق عامها السادس وهى على عهد القراء بها ورغم ما صادفته من عقبات تسير قدما لا تسعى لنفع مادى أو جر مغنم ، وإنما تستهدف نشر الثقافة القانونية والاقتصادية وأن تسهم بمجهودها المتواضع فى بناء الصرح من جديد ، لا ترجو إلا وجه الله والوطن .

والنظرة العجلى تنبىء بأن شجرة الثورة المجيدة ذات أصل ثابت وفروعها ممتدة فى مختلف الميادين والمجالات . فقد تطورت أسس الحياة الاقتصادية تطوراً يستهدف مصلحة الجماعة : فقانون الاصلاح الزراعى كفيل بنشر الملكية الصغيرة ومحاربة الاقطاع ، والقوانين العمالية جديرة برفع مستوى العمال ، كما حورب الاحتكار فى شتى مظاهره ؛ وهكذا تم القضاء على آفات جسام طالما شكا منها المجتمع ولا من سميع .

وامتدت ثورتنا أيضاً الى التشريع . فشمل الاصلاح الكثير من القوانين لسداد نقص بها أو قصور فيها على ضوء ما استقر من الأحكام وما أسفرت عنه دراسة القوانين المقارنة . وهكذا سارت البلاد وتسير الى حياة جديدة نفضت عنها رداء التفكك واستمسكت بالعروة الوثقى وأراد الله لها أن تخلق خلقا جديداً .

ولا ريب أن هذه الحركة الاصلاحية التى ما نبتت حتى أربت ، وما بدت حتى استقرت فى حاجة الى أن تدعمها أقلام الباحثين . فالعلم يفتح مغاليق المشاكل والبحث أساس الاصلاح وهذه سياسة تدأب هذه المجلة على تحقيقها فى حدود امكانياتها المتواضعة .

وأما بعد فهذا هو جهد المقل ولكننا ننظر الى كثير وما توفيقنا إلا بالله .

التحكيم الاختيارى

للدكتور أحمد ابو الوفا
أستاذ مساعد قانون المرافعات بالكلية

١ — التعريف به[1] [2] [3] :

هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين arbitres ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به[4]. ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر فى صلبه ويسمى شرط التحكيم Clause compromissoire، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم . ويسمى فى هذه الحالة مشارطة التحكيم compromis .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع على وجه الخصوص :

Alfred Bernard : L'arbitrage volontaire en droit privé, 1937 .
Van Lennep : Recueil de jurisprudence française et belge en matière d'arbitrage.
Glasson et Colmet Page, t. II, n. 1850 et s.
Jean Robert : Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, 1937

وانظر أيضا موريل رقم ٧١٠ وما بعده ورويرتوار دالوز العملى ورويرتوار دالوز الجديد تحت باب « التحكيم » وجلاسون ٥ رقم ١٨٠٠ وما بعده وجارسونيه ٨ رقم ٣٠٣٠ وما بعده وأبو هيف ١٩٦٤ وما بعده والشرقاوى رقم ٤٥٠ وما بعده .

(٢) L'arbitrage volontaire

(٣) قد يوجب القانون فى بعض الأحوال الخاصة الالتجاء إلى التحكيم ، بحيث لايجوز الالتجاء إلى القضاء العادى فى هذه الأحوال إلا بعد مراعاة مانص عليه الشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التى أشار إليها . وهذا هو التحكيم الاجبارى .

وإذا رفع الخصم دعواه إلى القضاء ولم يسلك سبيل التحكيم الذى أشار إليه الشرع ، جاز الخصم الآخر التمسك بعدم قبول الدعوى على التفصيل الذى نراه فيما بعد .

(٤) فكما يجوز الصلح بغير وساطة أحد ، يجوز الخصوم من باب أولى الاتفاق على حسم النزاع بواسطة أشخاص آخرين .

وبالتحكيم يستغنى الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء ؛ ويتفادوا طرح منازعاتهم على المحاكم ويتفادوا بالتالى بطء الإجراءات ، ويرفع عنهم الكثير من الجهد والمصاريف التى قد يتحملونها أمام القضاء ويقر المشرع اتفاقهم على التحكيم احتراما لإرادتهم .

ولم يشأ المشرع أن يحرم المحتكمين من الضمانات الأساسية التى أحاطهم بها عند الالتجاء إلى القضاء ، والتى قصد بها المحافظة على حقوقهم ، ولهذا فقد نص على إجراءات أوجب اتباعها عند الالتجاء إلى التحكيم .

وبعبارة أخرى إذا كان المشرع قد وضع نظام التحكيم ليغنى الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء ، وما يقتضيه هذا من توفير الوقت والجهد والنفقات ، فإنه مع ذلك وضع قواعد أوجب اتباعها أمام المحكمين وإلا ما أمكن تنفيذ أحكامهم . وبناء عليه إذا لم تكن هذه القواعد الأخيرة واضحة بسيطة محكمة صالحة لتفادى أى نزاع يحدث بشأن تنفيذ أحكامهم فإن التحكيم يكون سبباً لكثرة القضايا وتعقيدها بدلا من أن يكون سببا لتفاديها ، ويكون من الخير المبادرة بالالتجاء إلى القضاء بدل الالتجاء إليه بعد عرض النزاع على محكمين لإبطال ما أصدروه من أحكام وللفصل فى القضايا من جديد .

ولا تكون أحكام المحكمين les sentences arbitrales واجبة التنفيذ إلا بأمر يصدره القضاء بتنفيذها l'ordonnance d'exécution وذلك حتى يراقب عملهم ويتحقق من خلوه من العيوب الجوهرية التى قد تشوبه ، ويتحقق من انتفاء ما يمنع من تنفيذ أحكامهم لأن المحكمين ليسوا قضاة وليس لهم فى الأصل ولاية الحكم فيما يعرضون للقضاء فيه فلا يتصور أن يترك لهم المشرع ولاية القضاء من غير رقابة وإشراف ، ولا يتصور أن يجيز تنفيذ أحكامهم من غير هذه الرقابة رعاية لحقوق الخصوم ولهذا فالتحكيم لا يمس حق الالتجاء إلى القضاء (الذى يعد من الحقوق المتعلقة بالنظام العام) وإنما هو يقيده فقط ، ويكون للخصوم الحق فى الالتجاء إلى القضاء فى الأحوال والحدود التي سنراها .

٢ — عقد التحكيم :

رأينا أن التحكيم هو اتفاق الخصوم على طرح النزاع على محكمين ليفصلوا فيه بدلا من طرحه على القضاء . فهو إذن عقد يتم بالإيجاب والقبول ويتعين أن تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى سائر العقود من توافر أهلية لدى المتعاقدين وانتفاء شوائب الرضا ، ومن توافر موضوع للعقد .

وتجيز المادة ٨١٨ التحكيم وتفرق بين شرط التحكيم الذى يرد فى عقد معين وبين مشارطة التحكيم التى تتم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل .

وتوجب المادة ٨٢١ عقداً مكتوبا لإثبات مشارطة التحكيم ، وبذا لا يمكن إثباته مهما تكن قيمة الدعوى بشهادة الشهود .

وجدير بالإشارة أن إقرار الخصم يغنى عن هذه الكتابة إذ كل مايتطلبه القانون أن يكون شرط التحكيم صريحا وثابتاً بصورة لاتقبل الشك ، فالكتابة شرط لإثبات العقد لا لوجوده[١] [٢].

---

(١) أنظر المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات الألمانى (معدلة بالقانون الصادر سنة ١٩٣٣) ؛ (مؤلف الفريد برنارد المتقدمة الإشارة إليه ص ٥٢٠) .

وانظر أيضا مؤلف Van Lennep رقم ٥٠ وما أشار إليه من أحكام .

وقضت محكمة النقض بأن عقد التحكيم يجب أن يكون ثابتا بالكتابة ، ولا يجوز أن يستشف الرضاء به بصورة ضمنية ؛ نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ١٨٠ ؛ وحكم بأن القانون لم يشترط شكلا خاصاً فى مشارطة التحكيم فللطرفين أن يحرراها بأى شكل أرادوا شأن العقود الأخرى ، ولذلك لايتقيد شكلها بلفظ ما ، (مصر الابتدائية فى ٧ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٤ ص ٢١) .

(٢) يلاحظ أن القانون المدنى يجيز فى بعض الأحوال الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة (م ٤٠٢ و ٤٠٣ من القانون المدنى) . وروبرتوار دالوز الجديد ١ ص ١٩٢ رقم ١٩ وما أشار إليه من أحكام .

وتوجب المادة ٨٢٢ تحديد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلا [١] . أما إذا ورد شرط التحكيم فى صلب عقد معين فالمفروض أن التحكيم جائز بصدد كل نزاع ينشأ فى المستقبل بين طرفى العقد عند تنفيذه .

ولا يلزم للاتفاق على التحكيم أهلية التبرع لأنه ليس من قبيل التبرع بالحق ، ومن ناحية أخرى لا تكفى أهلية الالتجاء إلى القضاء أى أهلية التقاضى ، وإنما لا يصح إلا ممن له التصرف فى حقوقه (م ٨١٩)[٢] . وعلى ذلك لا يملك القاصر أو المحجور عليه قبول التحكيم وإلا كان التحكيم باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام[٣] ، ولا يملك الولى والوصى أو القيم قبوله

---

(١) بنى سويف ٢٦ نوفبر ١٩٤٩ المحاماة ٣١ ص ٤٠٨

(٢) فانسان ص ٥٤٠ رقم ٦٠٧

(٣) بمعنى أنه إذا رفع نزاع أمام محكمة وتمسك أحد الخصوم بوجوب عرضه على هيئة التحكيم ، جاز لكل خصم أن يتمسك بعدم الاعتداد بشرط التحكيم لبطلانه ، ووجب على المحكمة أن تحكم بذلك من تلقاء نفسها ، فكما يجوز لذى الأهلية التمسك ببطلان الخصومة لانعدام أهلية خصمه (حتى لايجبر على موالاة إجراءات خصومة معرضة للبطلان فتضار مصلحته ببطلان الحكم الصادر فيها) (كتاب المرافعات رقم ٣٥٧ وما أشرنا إليه من مراجع) ، وكما يجوز للمحكمة أن تقضى بهذا البطلان من تلقاء نفسها (حتى لاتتخذ إجراءات مصيرها إلى الزوال والبطلان) (أنظر المادة الخامسة من مشروع قانون المرافعات المقدم للبرلمان ، وجاء فيها أن على المحكمة فى جميع الأحوال التثبت من توافر الأهلية أو من صحة التمثيل أو الإذن أو الحضور ، وقد حذف النص على تقدير أن القانون المدنى فى المادة السادسة قد تناول موضوع الأهلية وأنه يتعين توحيد الحكم بصدده ، ويلاحظ أن هذا القول لاينصرف إلى العبارة التى أشرنا إليها من المادة كما يلاحظ أن القانون المدنى لم يشر إلى ماتعلق بأهلية التقاضى فيما نحن بصدده . وعلى الرغم من حذف النص المتقدم فان القواعد العامة توجب العمل بما اشتمل عليه ، أنظر كتاب المرافعات رقم ٣٥٧) نقول كما يجوز ماتقدم يجوز أيضا لأى خصم التمسك ببطلان شرط التحكيم لنقص أهلية أحد الخصوم حتى لايجبر على اتخاذ إجراءات مصيرها إلى الزوال والبطلان ، هذا فضلا عن ضياع الوقت والجهد والمصاريف ، ويكون على المحكمة أن تحكم ببطلان الشروط من تلقاء نفسها لذات الاعتبارات المتقدمة .

نيابة عنهم، إذ ليس لهؤلاء التصرف فى أموالهم إلا بإذن المحكمة الحسبية (١).

ولا يملك الوكيل التحكيم إلا إذا كان لديه تفويض خاص بذلك (م ٨١١) وتنص المادة ٨١٩ على أن التحكيم لا يصح فى نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية، كما لا يصح فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح . وتنص المادة ٥٥١ من القانون المدنى على أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام .

= أما إذا صدر حكم المحكمة على قاصر (أو من فى حكمه) وبلغ سن الرشد ولم يتمسك بهذا البطلان فيكون قد أجاز التصرف فلا يملك هو أو خصم آخر التمسك بالبطلان بعدئذ .

ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها (نقض ١٨ نوفمبر ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ ص ١٠٤٠) قارن حكم محكمة استئناف بروكسل فى ٢٩ أبريل ١٨٩١ حيث قضت بأن من أسباب البطلان المتعلقة بالنظام العام كون الحكم صادرا على قاصر ليست له أهلية الاتفاق على التحكيم (مؤلف Van Lennep رقم ٤٣) .

ومؤدى ما تقدم أنه إذا حكم المحكم على القاصر (أو من فى حكمه) ، جاز له هو أو من يمثله قانونا التمسك بالبطلان عند رفع طلب الأمر بتنفيذ الحكم إلى قاضى الأمور الوقتية ، ولا يجوز لأى خصم آخر التمسك بهذا البطلان كما لا يملك القاضى الحكم به من تلقاء نفسه (أنظر محمد حامد فهمى رقم ٥٥) .

ومما يقطع فى صحة ما تقدم أن المحكمة يجوز لها ومن تلقاء نفسها أن تحكم بوقف السير فى الخصومة لانقطاعها عملا بالمادة ٢٩٤ ، وإنما إذا لم تتنبه إلى السبب الموجب للانقطاع وصدر الحكم على من تقرر الانقطاع لمصلحته فلا يملك إلا هو (أو من يمثله قانونا) التمسك بهذا البطلان . فالمشرع يوجب دائما على المحكمة تفادى السير فى إجراءات مهددة بالزوال والبطلان ويكون من المصلحة العامة الاعتداد بالأمر من تلقاء نفس المحكمة ، وإنما متى صدر الحكم تكون الحالة التى أوجب المشرع تفاديها قد وقعت فعلا وزالت ، فلا يملك التمسك ببطلانه إلا من صدر عليه فى غفلة منه (أو من فى حكمه) .

(١) تنص المادة ٣/٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه لا يجوز الوصى إجراء الصلح أو التحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الادارة ، وإلا وجب استئذان المحكمة .

وإذا اتفق عديم الأهلية على التحكيم كان باطلا وجاز لكل خصم أن يتمسك بهذا البطلان لأنه من النظام العام (استئناف بروكسل ٢٩ أبريل ١٨٩١ مؤلف فان لينيب رقم ٢٣).

فكقاعدة عامة إذن لا يجوز التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العام حتى تخضع لرقابة وإشراف السلطة العامة التى يعنيها ويهمها أن تسرى عليها قواعد عامة موحدة [1].

٣ — مدى قابلية المشارطة للتجزئة :

يحدث أن يتفق الخصوم على التحكيم ويكون من بينهم ناقص أهلية ، أو يكون من بين المسائل المطروحة على التحكيم مسألة تتعلق بالنظام العام ، فهل تبطل المشارطة بأكملها ، أم تجوز فيما يجوز فيه التحكيم وبالنسبة لمن تتوافر لديه أهلية التعاقد وتبطل فيما عدا ذلك ؟

نرى أن العبرة بطبيعة الخصومة ذاتها فإذا كانت لا تقبل التجزئة بطلت مشارطة التحكيم بأكملها ، وإذا كانت الخصومة تقبل التجزئة بقيت المشارطة فيما يجوز فيه التحكيم ، وبالنسبة لمن تتوافر لديه أهلية التعاقد وبطلت فيما عدا ذلك . وهذه المسألة تخضع لمطلق تقدير قاضى الموضوع [2].

٤ — أثر شروط التحكيم :

يترتب على شرط التحكيم تنازل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء العادى أى الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . وتسرى هذه القاعدة ولو كان متفقاً فى شرط التحكيم على تعيين أسماء المحكمين

---

(١) موريل رقم ٧١٢

حكم فى فرنسا بأنه لا يجوز كقاعدة عامة للهيئات العامة الاتفاق على التحكيم بصدد المنازعات التى تثور بصدد إدارة المرافق العامة ، هذا مالم ينص القانون على مايخالف ذلك . (أنظر الأحكام العديدة التى أشار إليها مؤلف الفريد برنار ص٣٣ و ص٣٤ رقم ٤٨) .

(٢) الأحكام العديدة التى أشار إليها مؤلف برنار المتقدمة الاشارة إليه رقم ١١٨ ص ٦٩

عند المنازعة فى تنفيذ العقد وامتنع أحد الخصوم عن تنفيذ هذا الاتفاق بعد وقوع المنازعة ، وفى هذه الحالة يجوز لصاحب المصلحة من الخصوم الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لتعيين من يلزم من المحكمين[1].

وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم ، ورفع أحد أطرافه دعوى أمام المحاكم العادية جاز للطرف الآخر التمسك بالشرط فى صورة دفع .

وقيل أن هذا الدفع يعد من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص ، وهو لا يتعلق بالنظام العام فيتعين أن يبدى قبل التكلم فى الموضوع[2]. وقيل يتعين أن يبدى قبل أى دفع شكلى[3] ولا يجوز — بطبيعة الحال — للمحكمة أن تعتد بالشرط من تلقاء نفسها .

ونرى أنه يصعب اعتبار هذا الدفع من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص لأن شرط التحكيم لاينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها فقط

---

(١) راجع المادة ٨٢٥ وموريل رقم ٧٢١ وما أشار إليه من أحكام ونقض ٢٢ يناير ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ ص ٢٣٩

ويجيز القضاء الفرنسى توقيع غرامة تهديدية astreinte على من يمتنع من الخصوم عن تنفيذ الاتفاق (حكم محكمة الهافر فى ٢٤ يونيه ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ — ٣٠ وانظر الأحكام المنشورة فى روبرتوار دالوز العملى ١ ص ١٩٣ رقم ٥٢ .

(٢) هذا ما ذهب إليه بعض الشراح والمحاكم فى فرنسا .

موريل ص ٥٤٨ ، ٥٤٩ وروبرتوار دالوز العملى ١ ص ١٩٤ رقم ٥١ والأحكام المشار إليها وجلاسون ٥ رقم ١٨١٦ وما أشار إليه من أحكام ومراجع ونقض ٢٢ يناير ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ ص ٢٣٩ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التكلم فى الموضوع يسقط الحق فى التمسك بالدفع ويعد تنازلا ضمنيا عن شرط التحكيم (استئناف مختلط ١٩ أبريل ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٢ ص ٤١٣) .

(٣) الشرقاوى رقم ٤٥١ ، ومصر الابتدائية فى ١٦ فبراير ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ ص ٥٤٥

من سماع الدعوى ما دام الشرط قائما ، فالخصم بالاتفاق على التحكيم يتنازل عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه ، وبالتالى يكون الدفع بالاعتداد بشرط التحكيم من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى لأنه ينكر به سلطة خصمه فى الالتجاء إلى القضاء العادى للذود عن الحق[1] . ومما يؤيد هذا القول أن الرجوع عن التحكيم بالاتفاق[2] أو بتدخل من لم يكن طرفا فى عقد التحكيم أو باختصامه يوجب الالتجاء إلى المحكمة المختصة للذود عن الحق مما يقطع بأن التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة . وبعبارة أدق، الاتفاق على التحكيم فى صدد نزاع معين يمنع المحكمة المختصة به من نظره وإنما لا يسلبها الاختصاص به . وشأن هذه الحالة شأن حالة طرح نزاع على محكمة مختصة به بعد صدور حكم فى ذات النزاع من محكمة أخرى مختصة ، فلا يقال إن المحكمة لا اختصاص لها بنظر الدعوى التى سبق الفصل فيها ، وإنما يقال إنها ممنوعة من الفصل فيها . وإذا نظر للأمر من ناحية الخصم الذى يوجه الدفع وجب وصف دفعه بأنه قصد به إنكار سلطة خصمه فى الالتجاء إلى القضاء للذود عن الحق ، فالدفع الذى يدلى به إذن هو دفع بعدم قبول الدعوى[3] .

ومن ناحية أخرى إذا قيل إن هذا الدفع يعد من الدفوع بعدم الاختصاص فمن المستحيل تحديد نوع هذا الاختصاص وما إذا كان اختصاصاً متعلقا بالوظيفة أو نوعيا أو محليا .

إذن الدفع بوجوب عرض النزاع على محكمين لا يعد من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص (ولا يلزم الخصم بإبدائه قبل أى دفع شكلى ، بل يلزم

---

(١) يؤيد هذا الاتجاه المرحوم الأستاذ أبو هيف بك ، أنظر مؤلفه ص ٩٣٣ الحاشية رقم ٤ و ص ٩٢٢ الحاشية رقم ٢

(٢) أى باتفاق جميع الخصوم (مؤلف الفريد برنار ص ٦٤) .

(٣) يؤيد هذا الاتجاه Alfred Bernard فى مؤلفه ص ٦٥ وانظر نقض ١٩ فبراير ١٩٣٠ واكس ٣ نوفمبر ١٩٣٠ جازيت باليه ١٩٣١ ص ٨٤ .

أولاً بإبداء ما لديه من دفوع شكلية وإلا سقط الحق فى الإدلاء بها)[1]، وإنما هو من قبيل الدفوع بعدم قبول الدعوى . وإذن فلا مفر من القول بإجازة إبدائه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة فى الاستئناف عملا بالمادة ١٤٢[2].

---

(١) القول بإلزام الخصم بإبداء الدفع قبل أى دفع شكلى محل نظر لأنه إذا دفع المدعى عليه بوجوب عرض النزاع على محكمين فلا يجوز له بعدئذ أن يبدى دفعا شكلياً لأن الأصل أن المحكمة يتعين عليها أولا قبل الفصل فى أى نزاع فرعى أن تتحقق من اختصاصها بنظر الدعوى المرفوعة بإجراءات صحيحة طبقا لأحكام القانون ، إذ لا يتصور العكس أى لا يتصور أن تفصل المحكمة فى مشارطة التحكيم أولا فتقضى ببطلانها مثلا أو بعدم الاعتداد بها ثم تفصل بعد ذلك فى أمر اختصاصها بنظر الدعوى . هذا فضلا عن أن الشرع يوجب بنص المادتين ١٣٢ ، ١٤١ إبداء الدفوع الشكلية قبل أى دفع آخر وإلا سقط الحق فى الإدلاء بها (أنظر نظرية الدفوع ص ٣٢ ، ٣٣ وقارن الشرقاوى رقم ٤٥١ ص ٦٢١) . ومن ناحية أخرى ، الأصل فى التشريع أن يبدى الخصم ما لديه من دفوع وطلبات فى أية حالة تكون عليها الدعوى مالم يقيده الشرع بميعاد معين أو مناسبة خاصة لابداء هذا أو ذاك . وإذ لم يحدد المشرع ميعاداً معينا لابداء الدفوع إلا بالنسبة للدفوع الشكلية وتلك التى توجه بطلب بطلان أى إجراء عملا بالمادة ٢٦ من قانون المرافعات (وهى طلبات فى صورة دفوع — أنظر كتاب نظرية الدفوع — المقدمة) فلا تتصور علة لحرمان أى خصم من إبداء ما عن له من دفوع (فيما عدا الدفوع المتقدمة) فى أية حالة تكون عليها الدعوى . وإذ لا يعد الدفع بوجوب عرض النزاع على محكمين دفعاً شكلياً لأنه لا يتعلق باختصاص متعلق بالوظيفة أو نوعى أو محلى ، كما لا يتعلق بإحالة أو بطلان فانه لا محل لإلزام الخصم بإبدائه قبل التكلم فى الموضوع ، كما لا تتصور علة تبرر وجوب إبداء الدفع قبل أى دفع شكلى على ماتقدمت الإشارة إليه .

(٢) ولا تبدو هذه القاعدة غريبة فى تشريع يجيز التراخى فى إبداء الدفع بانتفاء الصفة أو الدفع لسبق الفصل فى الدعوى (أو الدفع بعدم قبولها لرفعها فى غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك) ، ويسمح بقبول مثل هذه الدفوع ولو لأول مرة فى الاستئناف ، لأن الدفع بوجوب عرض النزاع على محكمين لا يختلف فى طبيعته عن مثل هذه الدفوع فلا يعتبر التكلم فى الموضوع من جانب الخصم رضاء بتولى القاضى الفصل فى الدعوى مما يشف عن التنازل عن شرط التحكيم ، وهذه قاعدة يوجبها صريح نص المادة ١٤٢ ؛ ويجب أن يكون شأن الخصم الذى يتراخى فى إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم شأن من يتراخى فى إبداء الدفع بسبق الفصل فى الدعوى ، فاذا كان الشرع يجيز التراخى فى إبداء الدفع الأخير ولا يعتبر التكلم فى الموضوع تنازلا عن التمسك به وجب أن يكون هذا أيضاً شأن الدفع الآخر .

وإذا أوجب المشرع الالتجاء إلى التحكيم قبل رفع الدعوى أمام القضاء العادى ، فإنه يعد دفعاً بعدم القبول ذلك الذى يوجهه الخصم بقصد منع المحكمة العادية المختصة من سماع الدعوى قبل عرضها على التحكيم.

ويعد متنازلا عن الشرط من يرفع دعوى أمام القضاء على الرغم من وجوده ، فلا يجوز له التمسك بالشرط بعد ذلك فى دعوى ترفع عليه من جانب خصمه ولو حكم بعدم اختصاص المحكمة التى إليها رفعت الدعوى اختصاصاً نوعياً أو محلياً أو حكم ببطلان صحيفتها أو باعتبارها كأن لم تكن[1].

إنما لا يعد متنازلا عن شرط التحكيم من يرفع دعوى مستعجلة بطلب تعيين حارس قضائى أو بطلب إثبات حالة ، كما لا يعد متنازلا عن الشرط من ترفع عليه دعوى مستعجلة . ولا يتمسك بوجوب عرض النزاع على محكمين ، بل لا يعد متنازلا عن الشرط من يقبل تنفيذ الحكم من قاضى الأمور المستعجلة كما سنرى[2].

ولا يسرى شرط التحكيم إلا بين أطراف العقد الذى اشتمل عليه[3] كما لا يسرى بينهم إلا بمناسبة تنفيذ هذا العقد .

= هذا ويلاحظ أننا ننتقد حكم المادة ١٤٢ وكنا نفضل إيراد القاعدة التى نص عليها المشرع الفرنسى والتى توجب إبداء الدفوع بعدم القبول قبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط الحق فى الادلاء بها حتى لا يتأخر الفصل فى الدعوى ، (أنظر فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا « نظرية الدفوع » رقم ٣٥٣ وانظر أيضاً ص ٥٥٤) .

(١) استئناف مختلط ٢٧ نوفبر ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ٦١ ص٤٢ ؛ واستئناف مختلط ١٠ أبريل ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٢ ص٤١٥ ؛ وبنى سويف الجزئية ٨ يناير ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ١٨٣

(٢) استئناف مختلط أول أبريل ١٩١٤ الجازيت ٤ ص ١٢٤ رقم ٣٢ ؛ وجزئى الاسكندرية فى ٤ يناير ١٩١٣ الجازيت ٣ ص ٦٢ رقم ٧٨

(٣) ويسرى فى مواجهة ورثتهم إن كانوا جميعاً كاملى الأهلية ، كما يسرى فى مواجهة الدائنين إذا لم يقصد بالتحكيم الغش والاضرار بهم (دبرتوار دالوز رقم ١١٠٤١ ، وما أشار إليه من أحكام) .

وبناء عليه إذا ثار نزاع أمام القضاء العادى ، ومس النزاع عقداً اشتمل على شرط تحكيم ، وتطلب الأمر إدخال أطراف هذا العقد ، فلا يجوز لأحدهم التمسك بعدم قبول التدخل فى مواجهة الغير الذى لم يكن طرفا فى العقد ، ومن ناحية أخرى إذا اختصم فى القضية أمام المحكمين من لم يكن طرفا فى المشارطة ، كان له أن يتمسك قبل التكلم فى الموضوع بعدم اختصاص هيئة التحكيم ، بحيث إذا ناقش الموضوع أمامها اعتبر قابلا تولى الهيئة الفصل فى القضية ، أى قابلا للتحكيم[1] .

وإذا ثار نزاع بين أطراف عقد اشتمل على شرط تحكيم ولم يتعلق النزاع بتنفيذ هذا العقد فلا يجوز التمسك بعدم قبول الدعوى .

ويدق الأمر بصدد الدعوى التى ترفع بطلب بطلان العقد الذى اشتمل على شرط تحكيم . وكان القضاء المختلط يتجه إلى أن شرط التحكيم لا يعمل به فى هذه الحالة ، ويلزم الخصوم بالالتجاء إلى القضاء العادى على تقدير أن الشرط لا يعتد به إلا إذا سلم الخصوم بوجود العقد الذى اشتمل عليه[2] وقضت محكمة النقض بأن التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات . فهو يكون مقصوراً حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ولا يصح تبعاً إطلاق القول فى خصوصه بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أبطل حكم هيئة التحكيم ببطلان عقد شركة لعدم مشروعية الغرض منها ، وذلك بناء على أن مشارطة التحكيم لم تكن لتجيز ذلك لأنها تقصر ولاية المحكمين على بحث المنازعات الخاصة بتنفيذ عقد الشركة . فضلا عما اعترض به أمام هيئة التحكيم من أنها ممنوعة من النظر

(١) ربرتوار دالوز رقم ٥٦٦ فى باب التحكيم

(٢) استئناف مختلط ٦ يناير ١٩٣٢ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٤ ص ١٠٤ ؛ واستئناف مختلط ٨ ديسمبر ١٩٣٧ مجلة التشريع والقضاء ٥٠ ص ٤٠

فى الكيان القانونى لعقد الشركة ، فهذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء[1] وحكم بأنه لا يعتد بشرط التحكيم بالنسبة للدعوى التى ترفع بطلب تعويض الضرر الناشىء عن عدم تنفيذ العقد[2] .

ولما كان التحكيم استثناء من القاعدة العامة التى توجب الالتجاء إلى القضاء العادى فى كل الأحوال ، ولما كانت هذه القاعدة من النظام العام ، فمن الواجب الأخذ فيه بالحيطة والدقة وعدم التوسع ، فإذا اتفق الخصوم على التحكيم بشأن النزاع الذى ينتج من تنفيذ عقد معين فلا يجوز للمحكمين الفصل فى نزاع آخر مرتبط به ولو كان بين نفس أطراف العقد[3].

والأصل أنه لا تجوز إحالة قضية مطروحة على محكمين إلى محكمة ما لارتباطها بدعوى قائمة أمامها ، لأن فى ذلك إخلال بمشارطة التحكيم ، كما لا يجوز أن تحال على المحكمين دعوى قائمة أمام المحاكم العادية[4]. وإنما إذا كان بين الدعويين رباط قوى لا يقبل التجزئة وكان حسن سير العدالة يقتضى أن تفصل فيهما هيئة واحدة منعا من تناقض الأحكام أو تحقيقاً لاتساقها فمن الواجب أن تفصل فيهما محكمة عادية ، ولا يعتد بشرط التحكيم فى هذه الحالة [5].

وإذا اتفق الخصوم أثناء نظر خصومة قائمة على عرض النزاع على محكمين مع بقائه معلقا أمام المحكمة بحيث إذا لم يتم التحكيم تعود الخصومة سيرتها

---

(١) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ ص ١٢٢٨

(٢) استئناف مصر ١٥ ديسمبر ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ١٧٦

(٣) مصر الابتدائية ٩ مارس ١٩٣٠ المحاماة ١٢ ص ٤٤٧

(٤) جلاسون ١ رقم ٢٨٠ ، De Paepe 323 ونظرية الدفوع رقم ٥٨

(٥) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر ١٩٣٣ مجلة التشريع والقضاء ٤٦ ص ٥٥ واستئناف مختلط ٢٠ مارس ١٩٣٥ مجلة التشريع والقضاء ٤٧ ص ١٩٥ ولا يتصور الاحالة لقيام ذات النزاع بين محكمة عادية وهيئة تحكيم (أو العكس) لاختلاف الإجراءات .

الأولى ، فني هذه الحالة تقف مدة السقوط طوال الوقت الذى تستغرقه الدعوى أمام المحكمين ولا تستأنف سيرها إلا بانقضاء الموعد المحدد الذى يتعين على المحكمين أن يفصلوا فى النزاع خلاله[1].

٥ — بقاء اختصاص القضاء المستعجل على الرغم من الاتفاق على التحكيم :

الاتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لا ينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الاجراءات الوقتية المتعلقة بتنفيذ هذا العقد[2]، اللهم إلا إذا اتفق أطراف العقد على أن يكون الاختصاص فى هذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم أيضاً[3].

كما أن الاتفاق على التحكيم لا ينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الاشكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات اللاحقة لصدور حكم المحكمين، كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه[4].

---

(١) أنظر كتاب « نظرية الدفوع » رقم ١٨٨ وما أشرنا إليه من أحكام ومراجع وجارسونيه ٨ رقم ١٢٤٨

(٢) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر ١٩٣٣ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٦ ص ٥٥ واستئناف مختلط ٢٢ أبريل ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ١٢٤٨

(٣) اتجه رأى إلى أن قاضى الأمور المستعجلة لايختص بنظر المسائل المستعجلة إذا كان النزاع الموضوعى مطروحا على المحكمين (مؤلف الفريد برنار ص ٦٦) . ونحن نسلم بهذا الرأى لأن المشرع المصرى لا يسلب اختصاص قاضى الأمور المستعجلة ولو كان النزاع على أصل الحق مطروحا على محكمة الموضوع (راجع المادة ٤٩ وأنظر كتاب المرافعات رقم ٢٦٦ وكتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع رقم ٣٠ والأحكام المشار إليها). وعلى ذلك يختص قاضى الأمور المستعجلة ولو كان النزاع على أصل الحق مرفوعا أمام المحكمين اللهم إلا إذا اتفق الخصوم على اختصاص هؤلاء بنظر كافة المسائل المستعجلة .

(٤) ملوى الجزئية ٢٥ يوليه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٧٦٤ وبنى مزار الجزئية ١٤ يوليه ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ ص ٤٩٥

٦ — فى المحكمين :

المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم ، أولوه عناية الفصل فى خصومة قائمة بينهم . ولمـا كان حكم المحكم قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع لهم حرية كاملة فى اختياره ، وإنمـا قيدها بأمرين رعاية لهم :

الأول : أنه نص فى المـادة ٨٢٠ على أن المحكم لا يصح أن يكون قاصراً أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد له اعتباره .

والثانى : أنه نص فى المـادة ٨٢٩ على أنه يصح طلب رد المحكم لنفس الأسباب التى يرد بها القاضى أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ، وذلك حتى يتمتع بثقة الخصوم فيطمئنوا إلى قضائه . ويرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى فى ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم وتحكم المحكمة فى الرد بعد سمـاع الخصوم والمحكم المطلوب رده .

وبناء على ما تقدم لا يجوز أن يعين محكما من كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ، ومن كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم فى الدعوى[1] أو كتب فيها ، ومن كان قد أدى شهادة فيها ، ومن كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة .

ولا يجوز أن يعين أحد الخصوم حكما ، إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصما وحكما فى وقت واحد[2] ، وهذه القاعدة من النظام العام[3] ،

---

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن يصح أن يعين محامى أحد الخصوم محكما بشرط ألا يجهل الخصم الآخر ذلك وقت التوقيع على المشارطة (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٤٣ مجلة التشريع والقضاء ٥٦ ص ٢١

(٢) أبوهيف رقم ١٣٧٤

(٣) موديل رقم ٧٢٢ وحكم محكمة بروكسل فى ٢٧ نوفبر ١٩٠٠ (دالوز ١٩٠ — ٢ — ٣٥٦) ؛ والشرقاوى ص ٦٢٤ الحاشية رقم ٢ وربرتوار دالوز ص ١٩٥ رقم ٦٣ والحكم المشار إليه فيه .

لأن الخصم إن كان يملك تفويض أمره لخصمه فهو لا يملك تعيينه محكما إذ فى الحالة الأولى هو يفوضه الأمر بغير قيد أو شرط فكأنه يتنازل عن حقه وهذا يملكه ، أما فى الحالة الثانية فهو يقصد مراعاة إجراءات التحكيم وتنظيم التحكيم من شأن المشرع الذى يملك النص على إبطال المشارطة التى تبدو عبثا رعاية للخصوم أنفسهم .

وليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم امرأة[1] ، كما يجوز أن يكون أجنبيا سواء أكان النزاع من اختصاص المحاكم الأجنبية فى الأصل أم من اختصاص المحاكم المصرية[2]، هذا مع مراعاة نص المادة ٨٤١ التى توجب إصدار حكم المحكم فى مصر وإلا اتبعت فى شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة فى بلد أجنبى ، ومع مراعاة أنه إذا كان النزاع من اختصاص المحاكم المصرية فمن الواجب أن يصدر حكم المحكمين فى مصر كما سنرى . ويجيز الشراح كقاعدة عامة ، أن يكون المحكم أحد قضاة المحاكم[3] ، ولكننا نرى أنه من الخير أن يترفع القاضى عن قبول وأداء هذا العمل أيا كانت الاعتبارات التى تبرر قبوله وذلك حتى يبعد بنفسه عن الشبهات وحتى يصون مظهر الحيدة الذى يجب أن يتحلى به ، وفى هذا صيانة للسلطة القضائية برمتها[4]. وجاء بالمادة ١٦ / ٤ من قانون استقلال القضاء رقم ١٨٨ لسنة ٥٢ أنه « لا يجوز للقاضى أن يكون محكما ولو بغير أجر ، ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية » .

---

(١) موريل رقم ٧٢٢ وربرتوار دالوز رقم ٦٢

(٢) راجع الأحكام العديدة التى أشار إليها ربرتوار دالوز الجديد رقم ٦٢ ، وانظر أيضاً استئناف باريس ٢٣ مارس ١٩٣٩ دالوز ٣٩ ص ٢٩٦

(٣) موريل رقم ٧٢٢ وربرتوار دالوز رقم ٦٤

بل يجيز البعض أن يكون المحكم هو ذات القاضى الذى عرض النزاع أمامه (نقض فرنسى ٣٠ يوليه ١٨٥٦) وانظر مؤلف Van Lennep رقم ٣٠١ ورقم ٣٠٢

(٤) أبو هيف رقم ١٣٧٢

ولا يجيز بعض الشراح تحكيم محكمة كاملة ، أو تحكيم رئيس المحكمة ، ويرى أن التحكيم يكون باطلا فى الحالتين[1].

ولا يجبر أحد على قبول مهمة التحكيم ، وإنما إذا قبلها وجب عليه أن يتممها وإلا حكم عليه بالتعويض لصالح الخصوم إذا نشأ ضرر نتيجة هذا التنحى[2] ، اللهم إلا إذا جد ما يمنعه عن القيام بالمهمة كما إذا نشأ سبب يجعله غير صالح للحكم عملا بالمادة ٨٢٩ (م ٨٢٧) .

ويوجب القانون أن يكون قبول المحكم صريحا وأن يثبت بالكتابة حتى يتفادى كل نزاع قد ينشأ فى المستقبل بصدد حصول القبول أو عدم حصوله . ولا محل لاستلزام الكتابة الصادرة من المحكم إذا كان معينا من قبل المحكمة إذ أن الحكم الصادر بتعيينه يغنى عنها (م ٨٢٦) .

وليس معنى هذا أن المحكم يجبر على القيام بالمهمة متى عينته المحكمة ، وإنما له الخيار فى قبولها أو عدم قبولها .

ويجب على المحكم أن يقوم بعمله مراعيا ما نص عليه القانون من قواعد وإلا حكم عليه بالتعويض لصالح من أصابه ضرر نتيجة خطأ المحكم أو إهماله ولا يعمل بقواعد مخاصمة القضاة عند رفع دعوى التعويض عليه ، لأن هذه القواعد استثنائية يعمل بها فقط فى مواجهة القضاة وأعضاء النيابة .

وتنص المادة ٨٢٨ على أنه لا يجوز عزل المحكمين إلا بتراضى الخصوم جميعا وللمحكم الذى يتم عمله أن يطالب بأتعابه ، اللهم إلا إذا كان قد قبل المهمة بغير مقابل .

---

(١) استئناف باريس ٢ فبراير ١٨٦١ (دالوز ٦٢ — ٢ — ٤٧) وربرتوار دالوز الجديد رقم ٦٤

(٢) إذا اعتذر عن قبول المهمة قبل البدء فيها فلا يلزم بالتعويض قبل الخصوم عملا بالمادة ١٠١٤ من القانون الفرنسى لأن اعتذاره لا يسبب ضرراً لهم فى هذه الحالة . وهذه المادة تنص على أنه لا يجوز للحكم أن يعتذر عن القيام بعمله إذا كان قد بدأه . ويلاحظ أن المادة ٨٢٧ من القانون المصرى جاءت عامة ولا توجب الحكم على المحكم بالتعويض — جزاء اعتذاره — أن يكون قد بدأ عمله .

والمحكم الحق فى الأتعاب ، ولو طلب منه الحكم فى مادة لا يصح فيها التحكيم ، وذلك مقابل الجهد والوقت الذى استنفده فى المهمة[1].

وإذا أبطل حكم المحكم لسبب يرجع إلى إهماله أو خطئه فلا يحق له طلب الأتعاب لأنه يكون قد تسبب فى ضياع وقت الخصوم وجهدهم دون جدوى ولا اعتبار لما أضاعه هو من وقت وجهد .

أما إذا أبطل حكم المحكم ولم يكن له دخل فى هذا البطلان وجب الحكم له بالأتعاب مقابل ما استنفده من وقت وجهد ، ولو لم يفد الخصوم من عمله[2].

ويجوز تفويض الحكم فى تقدير أتعابه ، ويحددها فى هذه الحالة بعد الحكم فى الموضوع وعند تقدير مصاريف الدعوى وتحديد الخصم الذى يكلف بها على ما ستأتى الإشارة إليه . ويخضع تقدير المحكم لأتعابه لمطلق رقابة المحكمة التى تملك تعديله .

وقد يتم الاتفاق مقدما وقبل النزاع على تحديد أتعاب المحكم ، وهنا يلزم الخصوم والمحكم بهذا التحديد ، ولا يملك هذا أو هؤلاء تعديله .

ويذهب رأى جدير بالإشارة إلى اعتبار الخصوم متضامنين قبل المحكم فى مصاريفه وأتعابه قياساً على حالة تعيين وكيل عن عدة أشخاص إذ فى الحالة الأخيرة ينص القانون المدنى فى المادة ٧١٢ على أن جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على غير ذلك[3].

٧ — ويوجب القانون بنص المادة ٨٢٣ أن يكون عدد المحكمين وترا فى حالة تعددهم سواء أكانوا مفوضين بالصلح أم غير مفوضين به ، وذلك تخلصاً من ضرورة الالتجاء فيما بعد إلى مرجح والاختلاف على تعيينه[4].

---

(١) أنظر الحكم الذى أشار إليه المرحوم أبوهيف بك فى ص ٩٢٥ الحاشية رقم ١١١

(٢) قارن استئناف مختلط ١٩ فبراير ١٩١٤ الجازيت ٤ ص ١٠١

(٣) موريل رقم ٧٣٣ وأبوهيف ص ٩٢٥ الحاشية رقم ١ والشرقاوى رقم ٤٦٦

(٤) المذكرة التفسيرية للقانون .

وهذه القاعدة من النظام العام بالنسبة للمحكمين المفوضين بالصلح ، فالقانون يوجب أن تذكر أسماء هؤلاء فى المشارطة المتضمنة تفويضهم بالصلح أو فى عقد سابق عليها وإلا كان التحكيم باطلا (م ٨٢٤) ، وهو أيضاً يوجب أن يكون عددهم وتراً (م ٨٢٣) وإلا كان التحكيم باطلا ، والبطلان فى الحالتين من النظام العام وذلك لأنه رأى أن يحيط المتعاقدين فى مشارطة التحكيم المفوض فيها للمحكمين بالصلح بضمانات كافية للتحقق من أن تعيين هؤلاء قد جاء منهم بعد تفكير وروية حرصاً على حقوقهم ولخطورة النتائج المترتبة على مثل هذا النوع من التحكيم . وبناء عليه فذكر محكمان فقط على أنهما يعينان المحكم الثالث لا يكفى لاحترام ما نص عليه القانون من وجوب تعيين المحكمين جميعهم وبأسمائهم فى المشارطة نفسها أو فى عقد سابق عليها ، وخلوها من هذا البيان يوجب بطلانها ، وهذا البطلان من النظام العام [1]. ومؤدى ما تقدم أنه إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح وتنحى عن تأدية ما نيط به فلا تملك المحاكم تعيين بدله سواء أكان التنحى قبل البدء فى المهمة أم بعده وقبل إتمامها [2]. ومؤدى ما تقدم أيضاً أن حضور الخصوم أمام محكمين لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى المادة ٨٢٣ ، ٨٢٤ لا يصحح المشارطة الباطلة [3].

---

(١) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ١٨٠ ؛ واستئناف مصر ٢٥ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٥ ؛ واستئناف مختلط ٧ مايو ١٩٣١ مجلة التشريع والقضاء ٣٣ ص ٣٠٧

وبنها الجزئية ٢٤ أكتوبر ١٩٣٣ المحاماة ١٥ ص ١٨٠ ؛ ومنوف الجزئية ٢٠ فبراير ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ ص ٢٨٤ ومع ذلك حكم بأن البطلان المتقدم لا يتعلق بالنظام العام ، ويزول بالاجراءات اللاحقة كالحضور أمام الهيئة أو التكلم فى الموضوع دون التمسك به .

مصر الابتدائية ١٧ مايو ١٩٣١ المحاماة ١١ ص ٨٧٦

(٢) الزقازيق الابتدائية ١٤ نوفبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٢٩

(٣) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ المحاماة ١٥ ص ١٨٠

وإذا فوض للبحكم بالصلح أو بالحكم وفصل فيه بالحكم بعد سماع أطراف الخصومة وبعد الاطلاع على مستنداتهم ، فلا بطلان ولو لم يذكر اسم المحكم فى المشارطة لأن ذكر اسمه لا يجب إلا إذا كان مفوضاً بالصلح وأنهى النزاع بالصلح[1].

أما إذا كان أطراف العقد قد اتفقوا على محكمين غير مفوضين بالصلح ولم يكن عددهم وتراً ، فلا يترتب أى بطلان جزاء هذه المخالفة ، لأن المشرع يفترض فى المادة ٨٢٥ حالة اتفاق الخصوم على التحكيم دون أن يحددوا فى الشرط أو فى العقد أسماء المحكمين ، ولا يترتب أى بطلان فى هذه الحالة ، وكما يجيز اتفاق جميع الخصوم على عزل المحكمين مع بقاء شرط التحكيم قائماً (م ٨٢٨) ، فمن باب أولى لا يترتب بطلان إذا اتفق الخصوم على محكمين وتركوا أمر تعيين الثالث لغاية المحكمة التى من اختصاصها أصلا الحكم فى الدعوى .

وجاءت المادة ٨٢٥ مقررة قاعدة عامة مقتضاها أنه إذا وقعت المنازعة ولم يتفق الخصوم على المحكمين أو امتنع واحداً أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزل العمل أو قام مانع من مباشرته له أو عزل عنه ولم يكن بين الخصوم شرط خاص عينت المحكمة التى يكون من اختصاصها أصلا الحكم فى تلك المنازعة من يلزم من المحكمين ، وذلك بناء على طلب

---

(١) حكم فى ظل القانون القديم بأنه إذا كان الظاهر من حكم المحكمين أنهما بحثا جميع أوجه النزاع التى عرضها الخصوم عليهما وفحصا المستندات المقدمة لهما وسمعا أقوالهم ، وبعد هذا كله أصدروا حكمهما ، فأنهما لا يكونان قد أنهيا النزاع بطريق الصلح . ومتى كان الأمر كذلك فان حكمهما يكون صحيحا لأن وترية العدد المنصوص عليه بالمادة ٧٠٥ (من القانون القديم) لا تجب إلا إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح وأنهوا النزاع بالصلح . (أما إذا كانوا مفوضين بالحكم وبالصلح معاً ، وفصلوا فيه بالحكم ، فليس من الحتم أن يكون عددهم وتراً) نقض ١٢ مايو ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٣٦٢

من يهمه التعجيل بحضور الخصم الآخر أو فى غيبته بعد تكليفه بالحضور . ويجب أن يكون عدد من تعينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملا له . ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر بذلك بالمعارضة ولا بالاستئناف .

٨ — اجراءات الخصومة أمام المحكمين :

تتحدد سلطة المحكمين وفق إرادة الخصوم ، فلهم إن شاءوا إعفاء هؤلاء من التقيد بالاجراءات والمواعيد التى نص عليها قانون المرافعات ، ومن التقيد أيضاً من ناحية الموضوع بقواعد القانون المدنى والتجارى . وتنص المادة ٨٣٥ على أن المحكمين المفوضين بالصلح معفون من التقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون[1]. وعلى ذلك فاتفاق الخصوم على تفويض المحكمين بالصلح يقتضى فى ذاته إعفاء هؤلاء من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون . ويلاحظ بطبيعة الحال ما أوجبه القانون عند التفويض بالصلح من حيث تعيين المحكمين بأسمائهم ومن حيث عددهم (م ٨٢٤) .

وإذا كان المحكمون غير مفوضين بالصلح وجب عليهم التقيد بإجراءات قانون المرافعات ومواعيده ، إلا إذا حصل إعفاؤهم منها صراحة . ويتعين عليهم مراعاة قواعد القانون المدنى والتجارى (م ٨٣٤) .

ويدق الأمر بصدد تحديد الإجراءات والمواعيد التى يتعين على المحكمين مراعاتها ، فالمادة ٨٣٤ تنص على وجوب مراعاة « الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم » . فهل يقصد المشرع مراعاة جميع الإجراءات والمواعيد التى نص عليها قانون المرافعات ، والتى قد تنص عليها قوانين أخرى أم أنه يقصد اتباع المبادىء الأساسية فى إجراءات التقاضى ؟

(١) ولا يترتب أى بطلان إن لم يقوموا بتحرير محضر عند اتخاذ أى إجراء من إجراءات الاثبات (استئناف مصر ١٧ أبريل ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٥٦١) .

الذى نراه أن المشرع لا يلزم المحكمين بمراعاة كافة الإجراءات التى نص عليها قانون المرافعات وإلا فلا يكون هناك محل للتحكيم لأنه قصد به توفير الوقت والجهد والمصاريف بتفادى بطء الاجراءات وكثرتها .

وإذا كان المشرع يقصد مراعاة مجرد القواعد الأساسية ، فأى الإجراءات يعتبر أساسياً يتعين مراعاته وأيها لا يعد أساسياً مما يجوز إغفاله .

نرى أن المحكم يلزم أولا باحترام حقوق الدفاع [1] ، ويتعين عليه إخبار كل خصم بما يجريه الآخر لكى يتمكن من الدفاع عن مصالحه فمن المبادىء الأساسية وجوب حصول الإجراءات فى مواجهة الخصوم فإذا فطن إلى أن إعلانا معيناً كان باطلا وجب عليه أن يلزم الخصم بإعادة إعلان خصمه ، وإذا أبدى خصم طلبات جديدة أو عدل طلباته الأولى فى جلسة تخلف فيها خصمه عن الحضور وجب إعلانه بهذه الطلبات . وعلى المحكم أن يمكن كل خصم من الاطلاع على الأوراق والمستندات التى يقدمها الخصم الآخر ، ويمنح المدعى عليه أجلا كافياً لإعداد دفاعه وعليه أن يخبر الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة لاتخاذ إجراءات الإثبات ، ويجب عليه أيضاً ألا يبنى حكمه إلا على موجب الأقوال التى سمعها والمستندات التى قدمت إليه أثناء المرافعة ، فلا يحكم بمقتضى ما لديه هو من معلومات خاصة استمدها خارج جلسة التحكيم [2] .

ومن الواجب بطبيعة الحال إعلان الخصوم على يد محضر ومنحهم مواعيد الحضور . وتراعى فى هذا الصدد الاجراءات المتبعة أمام المحكمة الابتدائية على اعتبار أنها هى المحكمة ذات الاختصاص العام ، فالاجراءات

---

(١) استئناف مصر ٣٠ يونيه ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٥١

(٢) أنظر فى الاجراءات التى تلزم مراعاتها جلاسون ٥ رقم ١٨٢٨ وجارسونيه ٨ رقم ٣٠٥٩ وموريل ٧٢٦

المتبعة أمامها هى الاجراءات العادية للتقاضى بعكس الحال بالنسبة للمحاكم الجزئية والمستعجلة فإجراءاتها خاصة ذات طابع خاص يتناسب مع طبيعة القضايا المطروحة أمامها[1].

وعلى المحكم أن يعتد بحجية الأحكام الصادرة من القضاء العادى متبعاً القواعد العامة فى هذا الصدد ويجوز للخصوم تعديل طلباتهم الموضوعية وإبداء طلبات عارضة بشرط أن يكون ذلك فى حدود ما هو وارد فى مشارطة التحكيم وفى مواجهة من كان طرفا فيها . وبالتالى لا يجوز إبداء طلبات عارضة فى غير ما اتفق فيه على التحكيم ولو كانت هذه الطلبات مرتبطة بالأخرى المطروحة على المحكمين ، ولا يجوز اختصام من لم يكن طرفا فى المشارطة ، كما لا يجوز تدخله بالنسبة لطلبات مرتبطة بما اتفق فيه على التحكيم . ولا يجوز للمحكم أن يدخل من تلقاء نفسه من لم يكن طرفا فى المشارطة قياساً على ما هو ممنوح للقضاء عملا بالمادة ١٤٤

ويجوز للخصوم إبداء مايعن لهم من الدفوع الموضوعية أو الدفوع بعدم القبول أو الدفوع الشكلية ، مع مراعاة عدم إمكان إبداء الدفع بالإحالة بنوعيه على ما تقدمت الاشارة إليه .

وللمحكم أن يأمر ولو من تلقاء نفسه باتخاذ مايراه من إجراءات الإثبات عملا بالقواعد العامة فى الإثبات وتنص المادة ٨٣٧ على أن يتولى المحكمون مجتمعين إجراءات الإثبات لتتحقق لهم مزية نظر الدعوى باعتبارهم هيئة ، ويوقع كل منهم على المحاضر ما لم يكونوا قد ندبوا واحداً منهم لإجراء معين وأثبتوا ندبه فى محضر الجلسة

ويتعين على المحكمين الرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى للحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع منهم

(١) موريل رقم ٧٢٦ والشرقاوى ٤٥٩ ص ٦٢٩

عن الإجابة بالجزاء المنصوص عليه فى المادتين ١٩٩ ، ٢٠١ ، كذلك يرجع لرئيس المحكمة المذكوره الأمر بالإنابات القضائية (م ٨٣٩) .

ويحكم المحكمون فى النزاع على أساس ما يقدم إليهم من الخصوم ، ويجب على الخصوم فى جميع الأحوال أن يقدموا دفاعهم ومستنداتهم قبل انقضاء الميعاد المحدد للحكم بخمسة عشر يوما على الأقل وإلا جاز الحكم بناء على الطلبات والمستندات التى قدمها أحدهم . وإذا كان ميعاد الحكم أقل من أربعة أسابيع وجب تقديم الدفاع والمستندات من الطرفين فى النصف الأول من هذا الميعاد . وعلى ذلك فهذا الجزاء يترك أمره لمطلق إرادة المحكمين ، فيجوز عدم توقيعه وتأجيل الفصل فى النزاع لتمكين الخصم المتأخر من تقديم مستنداته وأوجه دفاعه .

٩ — ميعاد الحكم :

يتحدد ميعاد الحكم وفق إرادة الخصوم ، فلهم تحديده فى مشارطة التحكيم ، ولهم بعد تحديده أن يمدوه باتفاقهم جميعا . ويتعين على المحكمين مراعاة الميعاد المشروط ما لم يرتض الخصوم امتداده (م ٨٣٢)[١] . ويثبت اتفاق الخصوم على الميعاد بمقتضى كتابة صادرة منهم أو بإقرارهم ، ومن الجائز أن يستشف بصورة ضمنية كما إذا حضروا أمام المحكم [٢] .

---

(١) ويتعين أن يتم الاتفاق على امتداد الميعاد بواسطة الخصوم أو بواسطة محاميهم بشرط وجود توكيل خاص (نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٦٠) .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ مارس ١٨٩٧ دالوز ٩٧ — ١ — ١٥٢ ونقض ٩ يونيه ١٨٦٨ دالوز ٦٩ — ١ — ٨٥ ونقض أول ديسمبر ١٨٥٧ دالوز ٥٨ — ١ — ٢٩ واستئناف مصر ١٧ يناير ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ٦١٥ .

وحكم بأن حضور الخصوم أمام المحكم يعتبر رضاء بامتداد أجل التحكيم واتفاقا على التحكيم بلا أجل فيمتد الميعاد ثلاثة أشهر أخرى وهكذا (الزقازيق الابتدائية ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٦) .

ويجب على المحكمين عند عدم اشتراط أجل للحكم أن يحكموا — أى يصدروا الحكم مكتوبا وموقعا عليه منهم — فى ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم سواء أكان التحكيم مقررا بناء على شرط فى عقد أم فى مشارطة خاصة [1]. فإذا أخل المحكمون بهذا الميعاد كان حكمهم باطلا إن صدر ، ويكون لصاحب المصلحة من الخصوم الحق فى طلب بطلانه وفق ما سنراه. وحينئذ لا يجوز لهؤلاء المحكمين الفصل فى النزاع من جديد ، ويجوز رفع النزاع الأصلى إلى المحكمة المختصة أصلا به ، كما يجوز أن يطلب منها تعيين محكمين آخرين للحكم فيه إذا كان الخصوم متفقين على فضه بطريق التحكيم فى كل الأحوال (م ٨٣٣) .

ويلاحظ أنه ليس ثمة مانع من اتفاق الخصوم عند انقضاء الميعاد على تعيين نفس المحكمين الذى أخلوا به .

وإذا كان قبول المحكمين قد تم وقت التعاقد وقبل حصول النزاع فلا يتصور بطبيعة الحال أن يبدأ الميعاد من تاريخ قبولهم للتحكيم ، وإنما يبدأ من تاريخ عرض النزاع عليهم أو من وقت قبولهم اللاحق لعرض النزاع عليهم ، وقد يحصل هذا عملا [2] . وإذا تعدد المحكمون فالعبرة بتاريخ قبول الأخير .

١٠ — امتداد الميعاد ووقفه :

يمتد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوما إذا عين بدل المحكم المعزول أو المعتزل سواء بحكم من المحكمة أو باتفاق الخصوم (م ٨٣١) .

---

(١) الاسكندرية الابتدائية ٢٣ مايو ١٩٥٣ مجلة التشريع والقضاء ٥ ص ٢٨

(٢) أبو هيف رقم ١٢٧٦ واستئناف باريس ١٨ مارس ١٨٧٣ دالوز ٧٤ — ٢ — ١٣٧

وتنص المادة ٨٣٠ على أنه إذا توفى احد الخصوم وكان ورثته جميعا راشدين امتد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوما .

وحاصل هذا النص أن وفاة الخصم لا تؤدى إلى انقضاء التحكيم إذا كان ورثته جميعا راشدين . أما إذا كان كل أو بعض الورثة من القصر أو المحجور عليهم فإن التحكيم ينقضى بالوفاة إذ تقرر المادة ٨٣٠ أن التحكيم لا ينقضى بموت أحد الخصوم بشرط أن يكون جميع ورثته راشدين ، فمعنى هذا أنه ينقضى إذا كان الورثة أو بعضهم غير راشدين . وهذه المادة قد نقلت عن المادة ١٠١٣ من القانون الفرنسى التى يفسرها الشراح الفرنسيون وفق ما قدمناه [١].

ويلاحظ أن النص المصرى محل نقد لأنه يقرر امتداد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوما وقد لا تكفى هذه المدة لإصدار الحكم لأنه يتعين أولا تنظيم أمر التركة والفصل فى كل نزاع يتعلق بتحديد ورثة المتوفى وقد يطول أمد النزاع فى هذا الصدد .

وكان من الأنسب نقل النص الفرنسى برمته ، فيقرر المشرع فى المادة ٨٣٠ وقف الميعاد ، لا امتداده ، حتى تتم الإجراءات اللازمة لتنظيم أمر التركة وتحديد الورثة .

ونرى أنه إذا ثار نزاع بصدد تحديد الورثة فإن الميعاد يقف أولا ولا يستأنف سيره إلا بصدور حكم بتحديدهم ثم تمتد بعدئذ المدة التى حددها القانون فى المادة ٨٣٠ . ويلاحظ أن وقف الميعاد يتم بغير حاجة إلى نص خاص وإنما إعمالا لقاعدة أساسية فى التشريع مقتضاها أن الميعاد

---

(١) دبرنوار دالور الجديد ١ رقم ٢٩ ص ١٩٣ وتعليقات دالوز على المادة ١٠١٣ وموريل رقم ٧١٧ ، وقارن الشرقاوى ص ٦٣١

أو التقادم يقف كلما وجد مانع يحول دون اتخاذ الإجراءات للمحافظة على الحق ، وبذا يقف هذا الميعاد ، كقاعدة عامة ، كلما وجدت استحالة مادية أو قانون تمنع المحكمين من الحكم فى النزاع [1].

وجدير بالإشارة أنه يتعين صدور الحكم فى مواجهة الورثة ، أى يتعين إعلانهم بالجلسة المحددة لنظر النزاع حتى لا يصدر الحكم فى غفلة منهم ، وليتمكنوا من ابداء مايعن لهم من طلبات ودفوع وإلا كان الحكم باطلا .

١١ — مكرر — ويتعين وقف الميعاد كلما اقتضى الأمر الفصل فى نزاع يخرج عن اختصاص الحكمين ويتوقف على الفصل فيه الحكم فى النزاع المطروح عليهم :

فالميعاد يقف بتقديم طلب رد المحكم عملا بالمادة ٨٢٩ ، كما يقف إذا حصل التمسك بتزوير ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائى آخر مرتبط بالنزاع الأصلى ، ولايستأنف الميعاد سيره إلا بصدور حكم انتهائى فى المسألة الأولية .

١٢ — فقد أهلية الخصوم :

ولم يشر المشرع إلى حالة فقد أهلية الخصوم . ونحن نرى أن التحكيم ينقضى فى هذه الحالة لأنه يتعين أن يكون شأن من يفقد أهليتهمن الخصوم شأن من يتوفى منهم ويترك ورثة غير راشدين لاتحاد العلة فى الحالتين [2] [3] ،

---

(١) أنظر كتاب « نظرية الدفوع » رقم ١٨٣ ، ١٨٤ وجارسونيه ٨ رقم ٢٥٣ ورديير ٢ ص ٥١٠ إنما لايقف الميعاد لاتخاذ إجراءات التحقيق من جانب المحكمين . مؤلف Van Lennep برقم ١٠٠ والأحكام المشار إليها .

(٢) يؤيد هذا الاتجاه الفريد برنار فى مؤلفه ص ٧٤ وروديير ٢ ص ٥١٩ وبيوش Bioche رقم ٣١٧ وما بعده ، و Van Lennep ص ١٧١ وما اشار إليه من احكام .
وقارن الشرقاوى ص ٦٣٠

(٣) وبعبارة خرى يتعين أن يحدث فقد الأهلية الذى يتم بعد التعاقد ذات الأثر الذى يحدثه فيما لو كان قائما وقت التعاقد ، فالمشرع يتطلب توافر أهلية معينةوقت الاتفاق على التحكيم ويتطلب أيضا بقاء هذه الأهلية حتى صدور الحكم من المحكم .

ولأن التحكيم استثناء من القاعدة العامة التي توجب الالتجاء إلى القضاء لفض أي نزاع ينشأ من الأشخاص ، ولا يعمل بهذا الاستثناء إلا في الحدود الضيقة التي أجازها المشرع .

١٣ — حكم المحكمين :

يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين . ويجب كتابته كما يكتب الحكم الذي يصدر من المحكمة .

ويجب أن يشتمل بوجه خاص على صورة من مشارطة التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين .

وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذكر ذلك فيه ويكون الحكم مع ذلك صحيحا إذا وقعته أغلبية المحكمين (م ٨٤٠) . ويتجه الرأي في فرنسا وبلجيكا إلى إعمال ذات القاعدة إذا وجدت بعد النطق بالحكم استحالة مطلقة تمنع أحد المحكمين من التوقيع عليه كما إذا أصيب بشلل منعه من التوقيع[١] بشرط إثبات ذلك في الحكم أو في محضر ملحق به . كذلك الحال إذا توفى أحد المحكمين بعد النطق بالحكم وقبل التوقيع عليه فقد حكم بصحة الإجراءات بالاعتداد بالحكم بشرط إثبات ذلك فيه[٢] .

ويجب أن يصدر حكم المحكمين في مصر وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي (م ٨٤١) . وجاء في المذكرة التفسيرية للقانون أن الضوابط قد اختلفت في متى يكون حكم المحكمين

---

(١) مؤلف Van Lennep رقم ٦٨٦

(٢) المرجع السابق رقم ٦٧٢ ، ٦٦٩ واستئناف بروكسيل ٢٩ يناير ١٩٣٢ وحكم بأنه إذا لم يوقع على الحكم أحد المحكمين ولم يذكر سبب ذلك ، فانه يكون باطلا ولو ذكر فيه أنه قد نطق به في حضورهم جميعا وبعد اشتراكهم جميعا في المداولة (Pan ٢٠ ديسمبر ١٩٥٢ دالوز ١٨٥٣ — ٣ — ٨٦٠) .

أجنبياً ومتى لا يكون . فقال فريق إن العبرة هى بالبلد الذى حصل فيه الاتفاق على التحكيم ، واعتبر غيرهم البلد الذى جلس فيه المحكمون للحكم ، ونظر آخرون إلى جنسية المتحاكمين ، كما نظر سواهم إلى جنسية المحكمين . وتضيف المذكرة أيضاً أن الرأى المعتمد الآن فى فقه القانون الدولى الخاص هو الذى يجعل العبرة بالجهة التى صدر فيها الحكم دون غيرها . فمتى صدر الحكم فى بلد أجنبي ألحق بالأحكام الأجنبية . وهذا النظر هو الذى أخذ به قانون المرافعات الإيطالى فى المادة ٢٢ منه .

ومؤدى ما تقدم أن الاتفاق الذى مقتضاه أن يطرح النزاع بشأن تنفيذ عقد على أجانب فى الخارج أو محاكم أجنبية لا يعتد به فى نظر المحاكم المصرية إذا كانت هى وحدها المختصة بنظره عملا بالقوانين المصرية ، وهذا لا يستلزم بطلان ذات العقد[1] .

١٤ — المصاريف والنفاذ :

ويقدر المحكم من تلقاء نفسه مصاريف الدعوى فى الحكم الذى ينهى مهمته ، ويلزم بها الخصم الذى خسر القضية كقاعدة عامة ، وعليه مراعاة أحكام المواد ٣٥٧ وما بعدها . كما أنه يقدر أتعابه ، وللمحكمة الكلمة الأخيرة فى هذا الصدد على ما تقدمت الإشارة إليه . وعلى المحكم شمول حكمه بالنفاذ المعجل وفقاً للنصوص القانونية الخاصة بالنفاذ المعجل (م ٤٨٦) . ويلزم تسبيب القضاء المتعلق بالنفاذ المعجل طبقاً للقواعد العامة . أما إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح فلا يلزم تسبيب هذا القضاء[2].

---

(١) أنظر حكم محكمة ليموج فى ١٢ أكتوبر ١٩٢٨ (منشور فى المحاماة ١٢ ص ٥٥٨).

(٢) استئناف باريس ١٨ يونيه ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨ ص ٤٤٤ وسيريه ١٩٤٩ — ٢ — ١٧ وتعليق Robert وحكم محكمة السين المدنية فى ٣ نوفبر ١٩٤٩ جازيت باليه ٤٩ — ٢ — ٣٩٤ ، وفنسان رقم ٦٧

ومن الجائز الطعن فى وصف الحكم الصادر من المحكم عملا بنص المادة ٤٧١

١٥ — إيداع أحكام المحكمين وتحديد وقت صدورها :

جميع أحكام المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداع أصلها مع أصل مشارطة التحكيم بمعرفة أحدهم قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر الدعوى ، وذلك خلال خمسة الأيام التالية لصدورها ، ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع .

وإذا كان التحكيم وارداً فى قضية استئناف أودع حكم المحكمين قلم كتاب المحكمة المختصة أصلا بنظر هذا الاستئناف (م ٨٤٢) .

ولا يترتب أى بطلان إذا لم يودع حكم المحكمين أو إذا أودع بعد الميعاد المتقدم[١]. وقد اختلف فى تحديد الوقت الذى يعتبر فيه حكم المحكمين قد صدر ، أهو وقت النطق به ، أم وقت تحريره والتوقيع عليه أم وقت إيداعه قلم كتاب المحكمة ؟

وتظهر أهمية تحديد هذا الوقت للتحقق من صحة الاجراءات ومن مراعاة الميعاد المحدد (بنص القانون أو باتفاق الخصوم) لإصدار الحكم (م ٨٣٣) كما تظهر أهمية تحديد الوقت الذى يعتبر فيه حكم المحكمين قد صدر إذا توفى أحدهم[٢] أوقام به سبب من أسباب الرد أو إذا توفى أحد الخصوم أو فقد أهليته . هذا ويلاحظ أيضاً أنه من وقت صدور الحكم تسرى الآثار القانونية المترتبة على صدوره .

---

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٦٤ واستئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٤٣ مجلة التشريع والقضاء ٥٦ ص ٢١

(٢) فاذا توفى الخصم قبل إصدار الحكم وكان من بين ورثته قاصر بطل التحكيم ، وإن كانوا جميعا راشدين امتد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوما (أنظر ماتقدمت الاشارة اليه فى هذا الصدد) .

وقد اتجه رأى إلى أن القـانون لم يوجب كتابة الحكم فى خلال الميعاد المضروب لحكم المحكمين ، وإنمـا أوجب مجرد إصداره فى الميعاد وبالتـالى فلا تلزم كتابته فى خلال الميعـاد ويكفى مجرد النطق به ، حتى ولو تأجلت كتابته والتوقيع عليه إلى ما بعد الميعاد المضروب له[1].

واتجه رأى آخر إلى أنه يلزم إيداع الحكم حتى يعتد بصدوره ، فالعبرة اذن بتـاريخ الإيداع[2] . واتجه رأى ثالث إلى أن القـانون لا يوجب النطق بالحكم (وينعقد إجماع الشراح على هذا) ، وبالتـالى فلا يلزم النطق بالحكم فى جلسة علنية (كما هو الحال بالنسبة للأحكام التى تصدر من القضاء العادى) وإنمـا يتعين كتابة الحكم والتوقيع عليه[3] ، ويعد الحكم قد صدر ويعتد به من تاريخ التوقيع عليه ولا يلزم النطق به أو إيداعه ولا يترتب أى بطلان إن لم يراع هذا أو ذاك .

ونحن نؤيد الرأى الأخير ونرى أنه وإن كانت عبارة المـادة ٨٣٣ قد لا توحى بأن القـانون لا يوجب كتابة الحكم لاحترام الميعاد ، إلا أن المـادة ٨٤٠ توجب كتابة الحكم من ناحية ولم تشر إلى وجوب النطق به من ناحية أخرى . ويذهب الرأى فى فرنسا ـــ كما قدمنا ـــ إلى أنه لا يلزم النطق بحكم المحكمين ، فلا يعتبر النطق به فى جلسة علنية ضمـانة للخصوم ، ولا يعد إجراء أساسياً إذن ، وبالتـالى وإذ يوجب القـانون إصدار حكم المحكمين فى خلال ميعاد معين يوجب فى واقع الأمر انهـاء مهمتهم فى خلال هذا الميعاد ، ومهمتهم لا تنتهى إلا بكتابة الحكم والتوقيع عليه حتى لا يكون القول بعكس هذا مدعاة لتراخيهم وإهمالهم فى كتابة الحكم . هذا ويلاحظ

(١) أنظر الأحكام العديدة التى أشار إليها مؤلف الفريد برنار ص ٣٠٠ و ص ٣٠١ وجارسونيه ٨ رقم ٢٩٣ ص ٥٨٧ وجلاسون ٥ رقم ١٨٣٣ ورقم ١٨٣٨

(٢) الفريد برنار ص ٣٠٠ وباريس ٣ نوفمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ ص ٥٧

(٣) راجع المـادة ١٠٤١/٥ من القانون الألمانى ، وانظر مؤلف الفريد برنار ص ٥٢٤

أن المادة ٨٤٢ تقتضى هذا الفهم لأنها توجب إيداع الحكم فى خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره ، فالمشرع يقصد إذن بصدور الحكم — فى باب التحكيم — كتابته .

وعلى أى حال فهذا الرأى هو وحده الذى يستقيم فى الأحوال الدقيقة التى يكون فيها لتحديد تاريخ صدور الحكم أهمية كبيرة ، كما إذا توفى المحكم أو فقد أهليته بعد النطق به وقبل كتابته ، فهل يتصور أن يقال بصدور حكم لم يكتب ولم يوقع عليه المحكم الذى أصدره .

وبناء على ما تقدم تترتب آثار الحكم من وقت كتابته والتوقيع عليه فيحوز حجية الشىء المحكوم به ، ولو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه ، بل ولو لم يكن قد أودع قلم كتاب المحكمة[1]. ومن ثم لا يجوز للخصوم طرح النزاع من جديد أمام المحاكم العادية وإلا جاز التمسك بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها[2].

ولا يجوز للمحكمين إعادة النظر فى القضاء الصادر منهم لخروج النزاع من ولايتهم فلا يجوز لهم تعديل أية عبارة وردت فى الحكم ، وإن كان من الجائز تصحيح ما ورد به من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية[3]،

---

(١) أبو هيف رقم ١٣٨٠ وموريل رقم ٩٢٢ وفنسان وكيش رقم ٦١٢ وروبرتوار دالوز الجديد ١ ص ١٩٨ رقم ١٢٠ ونقض فرنسى ٢٧ أبريل ١٩٠٠ (دالوز ١٩٠١ — ١ — ٤٩٤) .

وقارن نقض فرنسى ٣٠ نوفبر ١٩٣٦ (دالوز ١٩٣٦ ص ٥٦٩) وبوردو أول فبراير ١٩٤٨ (دالوز ١٩٤٩ ص ٢٤٠) .

(٢) موريل المرجع السابق .

(٣) ربرتوار دالوز الجديد ١ ص ١٩٨ رقم ١١٩ ومحكمة الجزائر ٢١ نوفبر ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ٢ — ٥

كما يجوز لهم تفسير ما فى منطوقه من غموض أو إبهام[١]، وفق القواعد العامة المتبعة بالنسبة للأحكام العادية . ويجوز الرجوع إليهم للحكم فى طلب موضوعى أغفلوا الفصل فيه ، بشرط أن يكون الطلب طلباً موضوعياً وأن يكون الإغفال إغفالا كلياً (راجع المادة ٣٦٨) .

ويذهب رأى إلى أن حكم المحكمين لا يعتبر ورقة رسمية إلا بإيداعه قلم كتاب المحكمة[٢]. ومع ذلك يتجه القضاء فى فرنسا إلى أن الحكم يعتبر بمجرد صدوره والتوقيع عليه ورقة رسمية شأنه شأن الأحكام التى تصدر من القضاء العادى[٣]، فهو لا يختلف عنها إلا من ناحية التنفيذ إذ لا ينفذ إلا بعد صدور الأمر به من القاضى المختص كما سنرى[٤].

ونحن نؤيد الاتجاه الأخير ونرى أن التاريخ الذى يثبته المحكمون فى الحكم يعتد به ويعد حجة للخصم وحجة عليه ، فلا يملك إنكاره إلا بالادعاء بتزوير الحكم لأن المشرع يمنح المحكم صفة الموظف العمومى فى خصوص النزاع المطروح عليه ، فيعد حكمه ورقة رسمية[٥].

---

(١) قارن نقض فرنسى ١٠ ديسمبر ١٩٠٢ (سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٥) . وقد ورد فى هذا الحكم أن المحكم لا يملك تفسير ما يصدره من أحكام . وإنما يكون التفسير من اختصاص القضاء العادى . ونحن لا نرى ما يمنع المحكم من تفسير حكمه عملا بالقاعدة المتبعة بالنسبة للاحكام الصادرة من القضاء العادى .

(٢) الشرقاوى ٤٦٤ وجارسونيه ٨ رقم ٣٠٥٣

(٣) موريل رقم ٧٣٢ ونقض (دائرة العرائض ٧ يناير ١٨٥٧) (دالوز ٥٧ — ١ — ٤٠٦) ؛ وفنسان وكيش رقم ٦١٢ وروبرتوار دالوز الجديد ١ ص ١٩٨ رقم ١٢٠ والأحكام المشار إليها فيه ، وانظر أيضا حكم محكمة Pau فى ٩ يوليه ١٨٨٨ (دالوز ٨٩ — ٢ — ٢٥٢) وبوردو ٢٣ فبراير ١٨٨٦ (سيريه ١٨٨٨ — ٢ — ١٨٣)

(٤) مؤلف الفريد برنار رقم ٤٧٠ ص ٢٧٢ وما بعدها وأنظر ما أشار إليه من أحكام ومراجع وحكم محكمة السين فى ٢٧ فبراير ١٩٣٦ دالوز ٣٧ ص ٤٧٦ ، وانظر أيضا استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر ١٩٢٩ مجلة التشريع والقضاء ٤٢ ص ١١٧

ولا حجية لحكم المحكمين بطبيعة الحال قبل من لم يكن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها (استئناف مختلط ٢٨ مايو ١٩٣٨ (مجلة التشريع والقضاء ٥٠ ص ٣٣٠) .

(٥) ومع ذلك قارن استئناف باريس ١٩ مارس ١٩٣٧ (Gaz. Trib, 20 janvier 1938)

١٦ — الأمر بتنفيذ الحكم .

لا يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ إلا بأمر يصدره قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أحد ذوى الشأن .

وتنص المادة ٨٤٤ أن قاضى الأمور الوقتية يصدر أمره على العريضة بعد الاطلاع على الحكم ومشارطة التحكيم والتثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه ويضع أمر التنفيذ بذيل أصل الحكم .

وحكم بأن عدم إيداع الحكم قلم كتاب المحكمة لا يمنع من إصدار الأمر بتنفيذه[١] .

وإذا كان القانون يوجب على القاضى أن يتحقق من خلو الحكم من كافة العيوب التى تمنع من تنفيذه ، فمن باب أولى يكون على القاضى أن يتحقق من خلوه من العيوب المنصوص عليها فى المادة ٨٤٩ التى تجيز طلب بطلان الحكم الصادر انتهائيا للأسباب التى وردت فى المادة ليغنى صاحب المصلحة من الالتجاء فيما بعد إلى القضاء لطلب بطلان الحكم عملا بالمادة المذكورة .

ويلاحظ أن القاضى لا يجب عليه اتخاذ أى إجراء فى سبيل التثبت من عدم وجود هذه العيوب ، كما لا يجوز له ذلك لأنه لا يقضى فى خصومة بين طرفين ، ومن ناحية أخرى بعض أسباب البطلان لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز له أن يقضى به من تلقاء نفسه[٢].

---

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص ١٢٦٤

(٢) محمد حامد فهمى ٥٥

قضت محكمة النقض بأن خروج المحكم فى حكمه عن مشارطة التحكيم يجب أن يتمسك به الخصم ولا يجوز للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه ببطلان الحكم لعدم تعلق هذا الأمر بالنظام العام نقض ٢١ يناير ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ١٤٠

ومن أسباب البطلان المتعلقة بالنظام العام كون الحكم صادراً على خصم لم يحضر أمام هيئة التحكيم ولم يثبت أنه كلف بالحضور أمام الهيئة ، أو كونه صادراً فى نزاع يتعلق بالجنسية ، أو كونه غير موقع عليه من المحكمين .

ولا يجوز للقاضى بأى حال من الأحوال أن ينظر فى صحة قضاء المحكمين فى موضوع الدعوى لأنه لا يعد هيئة استئنافية فى هذا الصدد .

ويلاحظ أن وظيفة قاضى الأمور الوقتية تقتصر على مجرد التحقق من خلو الحكم من العيوب المبطلة له ، ومن ثم فليس له أن يتحقق من الحكم جائز التنفيذ جبراً لكونه نهائيا أو نافذاً مؤقتا رغم قابليته للاستئناف ، وإنما يكون النظر فى صلاحية الحكم للتنفيذ عند تسليم صورته التنفيذية إلى المحكوم له بعد تذييلها بصيغة التنفيذ (م ٣٥٢) [١].

وعلى القاضى أن يحكم بعدم اختصاصه إذا كانت محكمته غير مختصة أصلا بنوع الدعوى المحكوم فيها ، وعليه بطبيعة الحال أن يحكم بعدم اختصاصه إذا أودع الحكم قلم كتاب محكمة غير محكمته .

ويجوز التظلم من أمر قاضى الأمور الوقتية الصادر بالتنفيذ أو برفضه وفق القواعد العامة التى رسمها القانون للتظلم من الأوامر على العرائض (م ٨٧٣ و ٣٧٥) . فللمحكوم عليه أن يتظلم لنفس الآمر إذا كان التظلم مبنياً على أى سبب غير الأسباب التى أجيز من أجلها رفع الدعوى الأصلية ببطلان حكم المحكمين (وإلا فالقول بعكس هذا يؤدى إلى مخالفة حكم المادة ٨٥٠) ، كما يجوز التظلم الى المحكمة المختصة (التى هو قاضى الأمور الوقتية بها) [٢] وللمحكوم له إذا صدر الأمر برفض طلبه أن يتظلم منه الى هذه المحكمة .

---

(١) محمد حامد فهمى رقم ٥٦

(٢) المرجع السابق رقم ٥٩

وتنص المادة ٨٤٥ على أن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع تختص بكل ما يتعلق بتنفيذ حكم المحكمين، على أن هذا لا ينفى اختصاص القضاء المستعجل فيما يتعلق بالاجراءات الوقتية [١].

١٧ — الطعن فى حكم المحكمين :

يمنع المشرع الطعن بالمعارضة فى حكم المحكمين سواء بالنسبة الى المدعى الذى قام بموالاة الإجراءات أم بالنسبة الى خصمه (م ٨٤٣) .

ونكرر أنه يتعين على المحكم من تلقاء نفسه أن يتحقق من صحة إعلان الخصوم بالجلسة المحددة لنظر النزاع، وإذا تغيب الخصم على الرغم من صحة إعلانه فلا تجب إعادة إعلانه لجلسة أخرى تؤجل إليها القضية بل يجوز الفصل فيها فوراً .

وتجيز المادة ٨٤٧ استئناف الأحكام الصادرة من المحكمين طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم . ويرفع الاستئناف إلى المحكمة التى تختص بنظره فيما لو كان النزاع قد صدر فيه حكم ابتدائى من المحكمة المختصة .

ولا يقبل الاستئناف إذا كان المحكمون مفوضين فى الصلح[٢] أو كانوا محكمين فى استئناف أو إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز النصاب الانتهائى للمحكمة المختصة أصلا بنظرها إذا كان الخصوم قد تنازلوا صراحة عن حق الاستئناف، ولو كان هذا التنازل قد تم وقت الاتفاق على التحكيم وقبل حصول النزاع (م ٨٤٧) [٣]، ولا يعمل فى هذا الصدد بالقاعدة المقررة

---

(١) المذكرة التفسيرية للقانون .

(٢) استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ١٠١٩ .

(٣) حكم بأنه إذا تنازل الخصوم وقت الاتفاق على التحكيم عن استئناف الحكم الصادر فيه فلا يجوز هذا الاستئناف سواء لبطلان الاجراءات التى اتخذها المحكم أم لعدم مراعاة =

بالنسبة للأحكام العادية عند من يرى أنه لا يجوز النزول عن الطعن فى الحكم قبل رفع الدعوى التى انتهت بصدوره (على اعتبار أن الدعوى ليست هى سلطة فى الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق فحسب وإنما هى سلطة الالتجاء إليه واستنفاد جميع الوسائل المقررة قانونا لحمايته)[1].

وحكم فى فرنسا بأن التنازل عن الطعن فى حكم المحكمين يسرى بالنسبة لكل طرق الطعن حتى التماس إعادة النظر فيما عدا أحوال الغش والتدليس[2] والأحوال التى يهدر فيها الحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام كإهدار حق الدفاع[3].

ويجوز الطعن بالتماس إعادة النظر فى الحكم الصادر من المحكم إذا قام سبب من أسباب الالتماس التى وردت فى المادة ٤٧١ ، فيما عدا حالة الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ، على اعتبار أنه من الجائز

= نصوص القانون . إنما هذا لا ينفى جواز رفع الدعوى بطلب بطلانه (عملا بالمادة ٨٤٩ من قانون المرافعات) (استئناف مختلط ١٧ أبريل ٢٩ مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٣٦٢) ؛ وانظر أيضا استئناف مختلط ٢ مايو ١٩٢٩ مجلة التشريع والقضاء السنة ٤١ ص ٣٨١ ، وقارن حكم محكمة مصر الابتدائية فى ٢٦ أبريل ١٩٣٨ ر المحاماة ١٩ ص ٩٣) الذى قضى بأن الاستئناف جائز إذا كان البطلان أخل بحقوق الدفاع ولو كان الطرفان قد اتفقا على أن يكون الحكم نهائياً لأن هذا الاخلال يمس النظام العام . يلاحظ أن هذا الحكم صدر فى ظل تشريع كان لا يجيز رفع الدعوى ببطلان الحكم إذا كان هناك بطلان فى الاجراءات (راجع المواد ٧٢٧ / ٨١٦ من القانون القديم) .

(١) أنظر كتاب المرافعات رقم ٤٨٨

(٢) نقض ٨ نوفمبر ١٩٢٢ دالوز ١٢٣ — ١ — ١٢ ونقض ١٨ سبتمبر ١٩٤٠ دالوز ١٩٤٠ — ١٤١

(٣) استئناف باريس ٢٣ مارس ١٩٣٩ ؛ دالوز ٣٩ — ٢٩٦ ؛ ونقض فرنسى ١٨ يناير ١٨٧٠ دالوز ٧٠ — ١ — ٨ ؛ وباريس ٢٨ أكتوبر ١٩٢٢ ؛ دالوز ٢٣ — ٢ — ١٩٦ ؛ وباريس ٨ يوليه ١٩٤٢ ، دالوز ١٩٤٤ — ٢٣ وموريل رقم ٧٣٩ وتعليقات دالوز على المادة ١٥٧

بهذا أو ذاك عند أستصدار الأمر بتنفيذ الحكم من قاضى الأمور الوقتية أو عند التظلم من أمره[1].

ويرفع الالتماس إلى المحكمة التى كان من اختصاصها أصلا نظر الدعوى (٨٤٨ / ٢) مع مراعاة شروط الالتماس والاجراءات المعتادة فى رفعه .

ولايجوز الطعن فى أحكام المحكمين سواء صدرت انتهائية أم تنازل الخصوم عن استئنافها مقدما[2]، وإنما يجوز الطعن فى الحكم الصادر فى استئناف حكم المحكمين أو فى التماس إعادة النظر فيه بشرط أن تتوفر شروط الطعن طبقا للقواعد العامة .

ويجوز الطعن بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف فى الدعوى ببطلان حكم المحكمين المرفوعة عملا بالمادة ٨٤٩[3].

ويجوز اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر من المحكم بشرط أن تتوافر شروط التظلم . وهو يرفع إلى المحكمة التى تختص أصلا بنظر النزاع[4].

---

(١) موريل رقم ٧٣٨ ، ويلاحظ أن هذا أو ذاك لا يصح أن يكون سبباً فى رفع دعوى البطلان لأن الأسباب التى تجيز رفعها قد وردت على سبيل الحصر فى المادة ٨٤٩ وليس من بينها هذا السبب بعكس الحال فى فرنسا فالمادة ١٠٢٨ تجيز رفع دعوى البطلان والمعارضة فى مرالتنفيذ إذا صدر الحكم فى غير ماطلبه الخصوم .

(٢) جلاسون ٥ رقم ٨٤٦

(٣) نقض فرنسى ١٠ نوفبر ١٩٤٧ (موريل رقم ٧٣٨) .

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الفرنسى على أنه لا يجوز الطعن بالنقض إلا فى الأحكام الصادرة من المحاكم فى استئناف حكم المحكمين أو فى التماس إعادة النظر فيه (موريل رقم ٧٣٨ ونقض فرنسى ١٦ مايو ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ — ٣٢ ، ونقض ٢٩ نوفبر ١٩٣٧) (جازيت باليه ١٩٣٨ — ١ — ١١٧) .

(٤) موريل ، المرجع السابق والشرقاوى رقم ٤٦٩

١٨ — الدعوى ببطلان حكم المحكمين :

الأصل أن حكم المحكمين شأنه شأن الحكم الصادر من المحاكم العادية لا يمكن التظلم منه إلا بسلوك طرق الطعن التى رسمها القانون والتى وردت فيه على سبيل الحصر ، إلا أن هذا الحكم لا يستمد قوته إلا من اتفاق الخصوم على التحكيم ، وعلى ذلك إذا انعدم هذا الاتفاق أو كان باطلا أو إذا تجاوز المحكمون حدود سلطتهم فلا يوجد ثمة حكم ، ومن ثم أجاز المشرع فى هذه الأحوال رفع دعوى مبتدأة بطلب بطلان الحكم .

ولهذا قال بعض الشراح فى فرنسا أن الدعوى ببطلان حكم المحكمين تتميز عن طرق الطعن المقررة بصدده فى أنها يقصد بها فى الواقع إنكار كل سلطة له بينما يسلم الطاعن كقاعدة عامة عند الطعن فى حكم المحكم بسلطته فى الفصل فى النزاع . ويتفرع عن هذا أن الخصم الذى يبتغى إنكار سلطة المحكم فيما فصل فيه ، عليه أن يرفع الدعوى بطلب بطلان الحكم ولا يلجأ إلى الطعن فيه ، بحيث إذا طعن فيه أولا بالاستئناف فمعنى ذلك أنه يعترف بسلطة المحكم ويعترف بكيان قانونى لحكمه . ومن ثم لا يملك بعدئذ إذا فشل فى استئنافه أن يرفع دعوى بطلب بطلانه[1] .

وتنص المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الفرنسى على أنه لا يلزم الطعن فى الحكم بالاستئناف أو بالتماس إعادة النظر فى الأحوال التى أشارت إليها المادة ووردت فيها على سبيل الحصر وأهمها : (١) إذا كان الحكم صادراً بغير مشارطة تحكيم أو كان قد خرج عن حدود المشارطة ، (٢) إذا كان صادراً بناء على مشارطة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد ،

---

(١) موريل رقم ٧٣٥ ص ٥٥٦ و ص ٥٥٧ واستئناف باريس ١٦ مارس ١٩٣٦ (سيريه ١٩٣٦ — ٢ — ١٤٤) وقارن باريس ٢٧ نوفمبر ١٩٤٦ (أشار اليه المرجع السابق) .

والحكم الأخير أجاز رفع الدعوى بطلب بطلان الحكم بجانب الاستئناف المرفوع منه .

(٣) إذا صدر الحكم من بعض المحكمين دون أن يكونوا مأذونين بالحكم فى غيبة الآخرين ، (٤) إذا كان صادراً فيما لم يطلبه الخصوم . وتضيف المادة ١٠٢٨ أنه فى الحالات المتقدمة تجوز المعارضة فى أمر التنفيذ أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع لبطلان ما وصف بأنه حكم محكم[1]. وواضح أن عبارة النص — فى فرنسا — تدع مجالا للقول — على ما قدمنا — بأن استئناف حكم المحكم قد يشف عن التنازل عن رفع دعوى البطلان على اعتبار أنه تسليم بسلطة المحكم .

وجاء قانون المرافعات المصرى الجديد فلم ينقل ما ورد فى صدر المادة الفرنسية وإن كان قد نقل عنها حالاتها ، ونص فى المادة ٨٤٩ على أنه يجوز طلب بطلان حكم المحكمين الصادر انتهائياً فى أحوال عددتها المادة وجاء فى المذكرة التفسيرية للقانون هذه العبارة « على أنه من الخير التنبيه إلى أن هذه الدعوى لا تقبل إلا فى حالة عدم جواز استئناف حكم المحكمين فإذا كان الاستئناف جائزاً وجب رفعه لإبداء كل الاعتراضات على الحكم فإن فوت الخصم ميعاد الاستئناف أو رفع استئنافه ورفض فلا سبيل لرفع دعوى البطلان » .

وبناء عليه نبادر بالقول أن هذا الطريق الاستثنائى الذى أورده المشرع لإنكار حكم المحكمين وللتمسك بعدم الاعتداد به لا يمكن ولوجه إلا وفق ما رسمه قانوننا ، وأنه لا يجوز الرجوع إلى ما قاله الشراح الفرنسيون لتفسير المادة المقابلة ، كما لا يجوز الرجوع إلى القضاء الفرنسى فى هذا الصدد لأنه صادر بصدد إعمال نص قانونى يختلف عن النص المصرى .

---

(١) موريل رقم ٧٣٦ ، وفنسان رقم ٦١٣

فلا يجوز إذن رفع دعوى بطلب بطلان الحكم إلا إذا كان صادراً انتهائيا ، أى إذا كان صادراً فى دعوى قيمتها لا تتجاوز النصاب النهائى للمحكمة المختصة أصلا بنظرها ، أو صادراً من المحكمة فى الاستئناف ، أو كان قابلا فى الأصل للاستئناف وتنازل الخصم عن حقه فى الطعن قبل صدوره (حتى يصح أن يوصف بأنه قد صدر انتهائياً) .

وإذا كان الحكم قابلا للاستئناف فلا يجوز رفع هذه الدعوى سواء فوت الخصم على نفسه ميعاد الاستئناف أم لم يفوته ، وكذلك الحال إذا رفع الاستئناف وانقضت الخصومة فيه بغير حكم فى الموضوع كما إذا حكم بسقوط الخصومة فيه عملا بالمادة ٣٠١ ، أو حكم باعتبارها كأن لم تكن[١].

وإذا رفع الخصم استئنافه ورفض فلا يملك رفع دعوى البطلان لأن الحكم الصادر فى الاستئناف قد حل محل حكم المحكم .

ويجوز رفع دعوى البطلان ولو بصدد حكم صادر من محكم مفوض بالصلح[٢].

ويدق الأمر إذا كان حكم المحكم قابلا للطعن فيه بالتماس إعادة النظر فهل الطعن فيه بهذا الطريق أو فشل الطاعن فيه يسقط حقه فى رفع دعوى البطلان ؟

نرى أن الأسباب التى تجيز رفع دعوى البطلان تختلف عن أسباب التماس إعادة النظر لأن لكل تظلم مجاله الخاص ويبحث فيه الأمر من ناحية تختلف عن الناحية التى يبحثها الآخر ، وبالتالى فرفع الطعن

---

(١) انظر هذا المعنى فى حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٢٣ مايو ١٩٥٣ مجلة التشريع والقضاء ٥ ص ٢٠٨ ؛ وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٦ أبريل ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٢٦٢

(٢) استئناف مصر ٦ أبريل ١٩٤١ المحاماة ٢١ ص ١٠١٩ واستئناف مختلط ١٦ ديسمبر ١٩٤٣ مجلة التشريع والقضاء ٥٦ ص ٢١

(أو الفشل فيه) لا يفيد التنازل عن رفع دعوى البطلان ، كما أن رفع هذه الدعوى من جانب خصم لا يسقط حقه فى الطعن بالتماس إعادة النظر إذا كان ميعاده ما زال ممتداً .

وتنص المادة ٢/٨٠٥ على أنه لا يمنع من قبول دعوى البطلان تنازل الخصم عن حقه فيه قبل صدور حكم المحكمين . إنما يعتد بالتنازل إذا تم بعد صدور حكم المحكمين ولو صدر من خصم لا يعلم بالعيب الذى يعترى الحكم ويبطله ، اللهم إلا إذا وقع غش أو تدليس .

وإذا تنازل الخصوم مقدما عن الطعن فى حكم المحكمين بأى طريق من طرق الطعن فإن هذا التنازل لا يمتد إلى دعوى البطلان ، ويعد الحكم صادراً انتهائياً على ما تقدمت الإشارة إليه . أما إذا تنازل الخصم بعد صدور الحكم الابتدائى عن استئنافه فلا تقبل دعوى البطلان لأن المشرع يتطلب لقبولها أن حكم المحكم قد صدر انتهائياً .

ويسقط الحق فى رفع الدعوى ، تنفيذاً لحكم ، من جانب المحكوم عليه تنفيذاً اختياريا بغير تحفظ[1]. أو إعلانه لخصمه بدون تحفظ .

ولم يحدد المشرع ميعاداً معيناً لرفع هذه الدعوى ، ومن ثم لا يسقط حق الخصم فى رفعها إلا بانقضاء مدة التقادم الطويل التى تبدأ من تاريخ إعلانه بالحكم المشتمل على أمر التنفيذ[2].

ويرفع طلب البطلان بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى ، ويرفع إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع سواء أكانت محكمة جزئية أم ابتدائية أم محكمة استئناف[3].

---

(١) موريل رقم ٧٣٦ — الزقازيق الابتدائية ١١ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٩٠٦ ، وراجع وقارن شبين الكوم الابتدائية فى ٢٧ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٢٢١

(٢) منسان رقم ٦١٣ وما أشار إليه من أحكام ، وموريل رقم ٧٣٦ وأبو هيف رقم ١٣٨٥

(٣) موريل رقم ٧٣٦ وربرتوار دالوز الجديد ١ ص ١٩٩ رقم ١٣٨ وأبو هيف ص ٩٣٥ رقم ١٣٨٦

ويترتب على رفع الدعوى بطلب بطلان الحكم وقف تنفيذه[1]، وذلك لأن المقصود من هذه الدعوى هو إنكار كل سلطة للمحكم فيما فصل فيه، ومن ثم ينعدم الحكم إن صحت الاعتبارات التى بنيت عليها الدعوى، فيكون من المستحسن ألا يعد صالحا للتنفيذ إذا رفعت الدعوى بإنكاره وبطلب بطلانه .

أما أسباب بطلان حكم المحكمين فقد وردت فى المادة ٨٤٩ على سبيل الحصر[2] وهى :

(١) إذا كان الحكم قد صدر بغير مشارطة تحكيم أو بناء على مشارطة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود المشارطة .

ولم يقصد المشرع بعبارة « مشارطة التحكيم » المعنى الضيق لها وإنما قصدها بالمعنى الواسع، فيدخل شرط التحكيم فى مدلولها إذ كثيراً ما يعبر عن الشرط والمشارطة بعبارة « مشارطة التحكيم »[3].

(٢) إذا تم الاتفاق على التحكيم بواسطة شخص لا يملك التصرف فى حقوقه أو فى موضوع لا يجوز فيه التحكيم . أو كان المحكم غير أهل للتحكيم أو إذا كان موضوع النزاع غير محدد فى المشارطة .

= حكم بأنه لا يجوز رفع طلب البطلان بطريق الاشكال فى التنفيذ، وانه لا اختصاص لقاضى الأمور المستعجلة بالنظر فى أمر بطلان الحجز الذى يوقع بناء على حكم محكم بحجة أنه باطل لأن فى ذلك مساس بالموضوع، وإنما له أن يوقف إجراءات البيع مؤقتا إذا طلب منه ذلك (بنى مزار الجزئية ١٤ يوليه ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ ص ٤٩٥) .

(١) استئناف مصر ١٥ نوفمبر ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٥٩ وأبو هيف ١٣٨٥ وموريل رقم ٧٣٦ ونقض فرنسى ٢٦ أكتوبر ١٩٣٨ (سيريه ١٩٣٨ — ١ — ٣٥١) ونقض فرنسى ٩ يونيه ١٩٤٧ (سيريه ١٩٤٧ — ١ — ١٩٦).

(٢) موريل رقم ٧٣٦ ونقض فرنسى ١٠ نوفمبر ١٩٤٧ (أشار إليه المرجع الأخير).

(٣) راجع على سبيل المثال المادة ٨٣٣ ، حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٢٣ مايو ١٩٥٣ وقد تقدمت الإشارة إلى مرجعه .

(٣) إذا صدر الحكم من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدر من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم فى غيبة الآخرين .

(٤) إذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم .

ويلاحظ أن بطلان شق من الحكم لا يبطل الشق الآخر إلا اذا كان الحكم بشقيه غير قابل للتجزئة[١].

والحكم الصادر فى التظلم يخضع للقواعد العامة من ناحية جواز الطعن فيه بطرق الطعن المختلفة ، فهو يقبل الاستئناف اذا توافرت شروطه ، هذا ولو اتفق الخصوم على عدم جواز الطعن فى الحكم الصادر من المحكمين[٢].

وإذا صدر من محكمة استئناف جاز الطعن فيه بالنقض اذا توافرت شروطه .

(١) أنظر مؤلف Van Lennep رقم ٦٦٦ وما أشار إليه من الأحكام .

(٢) أبو هيف رقم ١٣٨٧ ؛ وجلاسون ٥ رقم ١٨٤٨ ؛ وقارن استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر ١٩١٥ الجازيت ٦ ص ٣٤ رقم ٦٦

فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية
فى النظرية العامة للجريمة والعقاب

للدكتور رمسيس بهنام
مدرس القانون الجنائى بكلية الحقوق

١ — إن الارتباط بغرض ما ، خصيصة يمتاز بها السلوك الإنسانى ولو كان جريمة . ولفظ الغرض كثيرا ما يختلط فى الذهن بغيره من ألفاظ يغلب استعمالها فى فقه القانون الجنائى ، مثل المصلحة والقصد والارادة والرغبة والغاية والباعث . لذا يتعين شرح المقصود من الغرض ، وتحديد الفرق بينه وبين غيره من هذه الحقائق النفسانية التى يعنى بها علم الجريمة والعقاب .

إن الغرض الذى يتوخاه المرء من مسلك ما ، ليس إلا تحقيق مصلحته فى هذا المسلك . فالتعريف بالغرض يقتضى إذن إيضاح فكرة المصلحة .

غير أن الحديث عن الغرض أو المصلحة مجال تتداعى فيه المعانى ، لأن المصلحة تجلب إلى الذهن فكرة المنفعة ، والمنفعة بدورها توحى بفكرة القيمة المادية أو غير المادية التى تتاح للإنسان فائدتها والتى يطلق عليها فى القانون اسم المال .

فعلينا إذن قبل التعريف بالمصلحة أو الغرض ، أن نحدد معنى المال ومعنى المنفعة . وهنا ننبه الاذهان إلى ملاحظة أولية لا مناص من الوقوف عليها لاستجلاء موضوع البحث . هذه الملاحظة هى أن المصلحة فكرة فردية نفسانية ، بينما المال أو المنفعة حقيقة عامة اجتماعية . المصلحة تتسم بطابع شخصى ، فى حين أن المال والمنفعة يمتازان بطابع مادى . ولا شك فى أن المال والمنفعة قد اكتسبا هذا الطابع المادى على أساس تقديرات إنسانية فردية أقرت لكل منهما معناه ، إلا أن هذه التقديرات لعموم صدورها من أفراد الجماعة ، واستقرارها فى أذهانهم وانعقاد اجماعهم عليها ،

لم تصبح لها بعد مجرد صفة شخصية ، بل صارت بانعكاسها على المال والمنفعة ، معنى ثابتاً مقرراً لهما لا محل لاختلاف الآراء فيه ، ويتعلق بالحقيقة المادية أكثر من توقفه على وجهات النظر الشخصية للأفراد[1].

بعد هذا التمهيد نأتى إلى تعريف المال فنقول إنه ليس مرادفاً للنقود ولا لكل ماله كيان مادى ملموس محسوس ، وإنما معناه كل ما من شأنه أن يشبع حاجة من حاجات الإنسان[2] فحياة الإنسان تقوم على إشباع حاجات تمليها عليه غرائزه . وذلك لأن كل غريزة يتولد عنها بحكم الفطرة شعور بحاجة أو أكثر إشباعها هو من مقتضيات المعيشة . فكل ما من شأنه إشباع حاجة إنسانية ما ، يعتبر مالا . ولما كانت الحاجات تختلف باختلاف غرائز النفس الإنسانية وميولها الطبيعية فإن الأموال بالتبعية تختلف طبيعتها هى الأخرى باختلاف الحاجة التى من شأن المال أن يشبعها . فللإنسان حاجات عضوية كتلك التى لغيره من المخلوقات الحية ، غير أنه يمتاز عن هذه المخلوقات بأن له كذلك حاجات غير مادية ، حاجات معنوية أو فكرية . ومن ثم فالأموال منها ما هو مادى ، ومنها ما هو معنوى ، إذ المال هو كل ما يشبع حاجة للإنسان مهما كان نوعها .

فقد يكون المال شيئاً ما من أشياء العالم المادى الخارجى . وقد يكون حادثاً طبيعياً كالمطر مثلا . وقد يكون عملا أو امتناعاً عن عمل من جانب الغير أو من جانب الشخص نفسه . وقد يكون علاقة واقعية بين شخص وآخر كالمعاشرة الزوجية ، أو علاقة قانونية كالمديونية أو الحق الشخصى بصفة عامة . وقد يكون حالة شخصية جسمية أو نفسية كالحياة أو الصحة أو الحرية ، سواء أكانت هذه الحالة خاصة بذات الشخص أو بغيره . وقد يكون حالة واقعية مثل الهدوء فى الليل ، أو حالة لشىء ما كاغلاق

(١) Arturo Rocco «Opero giuridiche» vol. I. «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale .» Roma - 1932. p. 264, 265.

(٢) Rocco. op. cit. P. 260 no. 82.

المراسلة البريدية . وقد يكون المال معنوياً ، ومثاله شعور كالشعور الديني ، أو فكرة كالعقيدة الدينية ، أو بصفة عامة أية حالة من أحوال العالم النفسي الداخلي . المال إذن تبعاً للحاجة التي يشبعها قد يكون عضوياً أي فسيولوجيا أو مادياً بصفة عامة ، وقد يكون غير مادي أي فكرياً أو معنوياً ، ثقافياً أو روحياً . وقد يكون فردياً خاصاً وقد يكون اجتماعياً عاماً ، تبعاً لما إذا كانت الحاجة التي يشبعها هي حاجة فرد معين أو حاجة جماعة بأسرها [1].

٢ ـ قلنا إن الغرائز هي التي تولد الحاجات ، والآن نقول إن الشعور بالحاجة هو محرك الرغبة أو الإرادة . وتعتبر حاجة الإنسان هي المحركة لإرادته ، لأن قيامها يسبب شعوراً بالألم وإشباعها يجلب شعوراً بالانشراح [2] . فلكي يتفادى الإنسان شعور الألم الناشيء عن قيام حاجة ما ، تتجه نفسه بفطرتها إلى إيجاد الوسيلة التي ترفع عنه الألم بأن تشبع له هذه الحاجة ، وليس هذا الاتجاه النفسي إلا الإرادة أو الرغبة التي تتجسم في مظهر مادي هو العمل الإرادي ، هو التصرف ، هو السلوك .

وبديهي أنه لكي تتجه نفس الإنسان إلى شيء ما لتشبع به حاجتها ، لابد من اعتقادها بأن هذا الشيء من شأنه أن يشبع هذه الحاجة . هذا الاعتقاد باعتباره حكما تقديريا للنفس بأن الشيء مشبع لحاجتها ، هو المرحلة الأولية التي لامناص منها لنشوء الرغبة في الشيء أو إرادة الظفر به . إعتقاد النفس إذن بأن شيئا صالح لإشباع حاجتها أو بتعبير آخر تقديرها أو حكمها بصلاحية شيء لذلك ، إن هو إلا مصلحتها في الشيء نفسه . أما المنفعة فهي صلاحية الشيء بالفعل لإشباع الحاجة . ولأن الشيء الصالح لإشباع حاجة ما يعتبر لهذا السبب مالا ، فإن المنفعة إذن قوام المال .

---

(١) Rocco, op. cit. P. 261, 262.

(٢) Rocco, op. cit P. 260, 267, 268.

على أن المصلحة لا ترادف المنفعة وإن كان يغلب أن تقترن بها . فالغالب أن تقدير النفس لصلاحية شيء ما فى إشباع الحاجة ، يتفق مع تقدير الناس عموما للشيء نفسه وصلاحيته لهذا الاشباع . ومعنى ذلك أن النفس لاترغب غالبا فى شيء مرغوب عنه من جانب عموم الناس . فهى تسعى دائما إلى شيء مقطوع حسب التقدير العام بأنه أهل لإشباع حاجتها . فإذا رغبت نفس فى شيء لإشباع حاجتها ، وكانت أهلية الشيء أو صلاحيته لإشباع هذه الحاجة قائمة لا فى اعتقاد النفس فحسب ، بل فى اعتقاد نفوس الناس أجمعين ، كان الشيء المرغوب فيه منها نافعا ، أى كان مالا بالمعنى الصحيح ، وتحقق بذلك الامتزاج بين المصلحة والمنفعة . غير أنه كثيرا ما لا يقع هذا الامتزاج ، فتتوافر المصلحة دون أن تتحقق المنفعة ، وذلك حين ترغب النفس فى شيء ضار أو غير نافع [1]، أى حين تتجه إليه لاعتقاد منها فيه يغاير العقيدة العامة ، ويعتبر بسبب هذه المغايرة ذاتها اعتقادا خاطئا .

ولزيادة الايضاح نقول إن المنفعة فى حقيقتها هى صلة الفائدة القائمة بين مال ما وبين نفس الانسان ، بينما المصلحة ليست صلة فائدة بل هى اعتقاد بالفائدة [2]. هذا الاعتقاد قد يكون سديدا أى مطابقا لواقع الأمور ، وقد يكون مخالفا للصواب . فإذا خالف الصواب كان مصلحة لا توجد من ورائها منفعة .

حقيقة إن منفعة الشيء قائمة على الاعتقاد الناشيء بعد التجربة بأن الشيء صالح لإشباع حاجة ما . فهى الأخرى اعتقاد بالفائدة . غير أنها اعتقاد عام غير فردى ، اعتقاد استقر فى نفوس الجماعة الانسانية كلها على نحو لا يكاد يختلف فيه اثنان . وعمومية هذا الاعتقاد بصلاحية الشيء لاشباع حاجة ما ،

---

(١) Rocco. op. cit. P. 265 no. 85.

(٢) Rocco. op. cit. P. 260 - 268.

هى قوام اعتبار هذا الشىء مالا . كما أنها تحول هذه الصلاحية من مجرد اعتقاد إلى صفة لاصقة بالشىء كامنة فيه ، أو بتعبير أدق إلى صلة فائدة قائمة بالفعل بين ذلك الشىء وبين نفس الانسان .

الخلاصة إذن أن المال هو كل شىء من طبيعته أن يشبع حاجة إنسانية ما والمنفعة هى صلة الفائدة القائمة بين المال وبين نفس الانسان . هذه الصلة إن هى إلا الإشباع الذى يحققه ذلك المال لحاجة من حاجات هذه النفس . والمصلحة هى الاعتقاد بأن شيئا ما مشبع لحاجة ما . فهى إذن اعتقاد بالمنفعه وليست المنفعه ذاتها .

والارادة أو الرغبة وهما مترادفتان [1] معناهما اتجاه النفس إلى شىء ما لاعتقادها بأن هذا الشىء مشبع لأحدى حاجاتها . هذا الاعتقاد كما رأينا هو المصلحة . فالمصلحة إذن لا المنفعة هى المحركة للارادة . وإن كانت تقترن بالمنفعة غالبا ، إلا أنها كثيرا ما تحيد عنها . فمثلا الجريمة كفعل إنسانى لا تعتبر مالا ، لأن الضرر الذى يعود منها على المجرم أكثر من النفع الذى يتحقق له من ورائها . وحسب الضرر فيها أنها تجلب العقاب أو الخشية من العقاب ، فضلا عن أنها تغض من شأن فاعلها فى نظر نفسه وفى أعين الناس فهى إذن شىء فيه مصلحة لا منفعة للمجرم ، أى شىء يعتقد المجرم بمنفعته مع أنه فى الحقيقة غير نافع .

٣ — وليست الجريمة إلا اعتداء على مال من الأموال ، عاما كان هذا المال أو خاصا . فلم يوضع القانون الجنائى إلا لوقاية أموال معينة ، وذلك بجعل الاعتداء عليها جريمة توجب العقاب . وتختلف الجرائم باختلاف موضوع الاعتداء فيها ، فالآداب العامة مثلا مال عام معنوى من أموال الجماعة ، يعتبر الاعتداء عليه فى بعض الاحوال جريمة ، كما فى الفعل العلنى الفاضح . وأمن الدولة فى الداخل أو فى الخارج مال عام من أموال الجماعة

(١) Rocco, op, cit, p, 258, 259, 266.

مقررة للاعتداء عليه عقوبة . وحق الفرد فى الملكية مال خاص يعتبر الاعتداء عليه حسب الأحوال جريمة سرقة أو نصب أو خيانة أمانة الخ ... لذا تنقسم الجرائم فى قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين ، تبعا لموضوع الاعتداء فيها ، إلى جرائم مضرة بالحكومة وجرائم مضرة بآحاد الناس . هذا التقسيم مبنى على الموضوع المباشر للاعتداء . غير أن الجريمة ، ولو كان موضوعها المباشر مالا خاصاً للفرد كحقه فى الملكية وحقه فى الحياة ، تمتاز بأن الموضوع غير المباشر للاعتداء فيها هو **دائما مال عام** من أموال الجماعة تعد وقايته شرطا أساسيا من شروط كيان المعيشة الاجتماعية [1] . فالسرقة والنصب وخيانة الأمانة مثلا ، موضوعها المباشر مال خاص هو حق الفرد فى الملكية ، ولكن الموضوع غير المباشر للاعتداء فيها مال عام معنوى للجماعة ، يعد شرطا أساسيا من شروط الحياة الاجتماعية بين الأفراد ، وهو أن يمتنع كل منهم عن استلاب ملك أخيه خلسة أو احتيالا أو بالخيانة إذ لو ترك مثل هذا الفعل دون عقاب ، لدبت الفوضى بين الناس ، ولتقاتلوا وتشاحنوا فيما بينهم ، ولاضطرب شملهم وذهب سلامهم وانحل رباط اشتراكهم فى المعيشة معا [2] .

فلو أن الموضوع المباشر للجريمة قد يكون فى بعض الأحوال مالا خاصا للفرد ، إلا أن موضوعها غير المباشر هو **فى جميع الأحوال** مال عام للجماعة . هذا المال العام للجماعة كموضوع لحماية القانون الجنائى ، يمتاز عن موضوع الحماية فى سائر القوانين ، بأن وقايته تعد شرطا أساسيا من شروط كيان العيش فى الجماعة ، لا مجرد شرط كمالى من شروط حسن العيش فيها [3] فتنظيم الحياة الاجتماعية هو هدف القانون عامة بكل فروعه .

---

(١) Ramsès Behnam. « La tutela Penale dei diritti Privati di obbligazione» Roma 1950 P, 68 ets.

(٢) Ramsés Behnam op. cit, P, 75,85

(٣) أنظر فى تفصيلات نظريتنا هذه وفيما يسمى بالظرف المكمل للشرط الأساسى رسالتنا بالإيطالية سالفة الذكر ص ٦٦ وما يليها .

وحتى القانون الخاص ، يبقى هو الآخر ، مثل القانون العام ، مالا عاما للجماعة هو أن يستقيم العيش فيها . ولكن بينما يعنى القانون الجنائى بوقاية كيان هذا العيش ووجوده ، تعنى الفروع الأخرى للقانون بوقاية كمال هذا العيش وحسنه .

٤ — الآن وقد فرغنا من التعريف بالمال والمنفعة ، وبالمصلحة والإرادة والرغبة ، يبقى علينا أن نعرف بالغرض والقصد وبالباعث والغاية

غرض الإنسان من فعل إرادى ما ، هو تحقيق المصلحه المباشرة التى له فى هذا الفعل ، أى تحقيق المنفعة التى يعتقد الإنسان إمكان استخلاصها مباشرة من الفعل ، ولو كانت منفعة وهمية غير حقيقية . أما المصلحة غير المباشرة فى الفعل ، فيعد تحقيقها — كما سنرى — غاية لا غرضا .

وإذا كانت المصلحة — كما رأينا — هى باعث الإرادة أى الدافع إلى السلوك ، فإن الغرض من الإرادة هو تحقيق هذه المصلحة بالفعل . فليست المصلحة أى الباعث ، إلا صورة ذهنية للغرض تمثله فى المخيلة قبل أن يتوافر فى الحقيقة . ومن ثم فالفاصل بينها وبين الغرض ، هو الفاصل بين تصور الشىء وبين تحقيقه بالفعل . وتوخيا للوضوح نقول إن المصلحة هى باعث الإرادة ، أما الغرض فهو هذه المصلحة بعينها وقت انتقالها من دور التصور الذهنى إلى دور التحقيق الفعلى . فبينما ترتبط المصلحة بفكرة السلوك ، يرتبط الغرض بالسلوك ذاته بعد تحوله من فكرة إلى أمر واقع . وإن كانت المصلحة لا تختلط بالغرض لكونها بمثابة تصور ذهنى له ،

= وقد يقال إن من بين الجرائم مايسمى بالجريمة السياسية ، وأن هذه الجريمة لمساسها بشكل معين للحكومة لا تعد ماسة بكيان الحياة الاجتماعية ، مادامت هذه الحياة يمكن قيامها كذلك فى ظل شكل آخر من أشكال الحكم . ولكن هذا القول مردود عليه بأن الجريمة السياسية هى الأخرى تهدد الحياة الاجتماعية فى كيانها وإنما بالنظر إلى لحظة وقتية معينة من الزمن والتاريخ ؛ إذ لا يتصور فى لحظة ما أن يكون للحياة الاجتماعية كيان سليم بدون نظام معين للحكم يعد المساس به فى تلك اللحظة بالذات تهديداً لكيان المجتمع نفسه .

Grispigni « Diritto penale italiano, t. I, P, 144 - 146 R, Behnam op, cit, p. 48.

تختلط مع ذلك بالباعث ، لأنها هى نفسها الباعث على السلوك ، والباعث بالنسبة للغرض هو الآخر بمثابة صورة الشىء بالنسبة للشىء[1]. المصلحة إذن لكونها الباعث على السلوك ، يجب إرجاعها فى المراحل النفسية للعمل الإرادى ، إلى وقت سابق من الناحية الزمنية للوقت الذى ينسب إليه الغرض . وعلة ذلك أن فكرة الفعل تسبق فى الزمن الفعل نفسه ، وكما أن الفكرة قد لا تدخل فى حيز التنفيذ ، فإن المصلحة كذلك قد لا تنتقل إلى دور التحقيق . فللإنسان مصالح كثيرة تظل كامنة فى دائرة تصوره أو شعوره ، دون أن تنشأ عنها إرادة أو رغبة ، لكون هذه الإرادة أو الرغبة من المتعذر أو المستحيل تحقيقها عملا .

هذا عن المصلحة والباعث والغرض .

أما الغاية فنرى أنها هى الأخرى مثل الغرض تحقيق لمصلحة ، وتختلف عنه فى أن هذه المصلحة أبعد مدى من المصلحة التى يتعلق بها الغرض . فغاية الشىء ، حتى من الناحية اللغوية ، هى أقصى ما يصل إليه هذا الشىء . ومن ثم فالغاية يميزها عن الغرض ، أنها لاحقة له من حيث وقت تحقيقها ، وبينهما زمن قد يقصر وقد يطول ، وقد قلنا إن المصلحة هى باعث الإرادة أى الدافع أو المحرك إلى السلوك ، وهى كذلك سواء كان تحقيقها يعد غرضا لكونها مصلحة قريبة ، أو يعد غاية لكونها مصلحة بعيدة . ومن ثم فالتصور الذهنى للغاية باعث على السلوك مثل التصور الذهنى للغرض . كل ما فى الأمر أن الغاية هدف بعيد بينما الغرض هدف قريب .

ولنوضح ذلك بمثال : غرض السارق من السرقة مثلا هو تحقيق مصلحته المباشرة فيها وتنحصر فى إشباع حاجته إلى المال بإضافة مال الغير إلى ملكه ، أما غايته من السرقة ، فقد تكون إشباع حاجة ضرورية كالحاجة إلى الغذاء ، أو كمالية كالحاجة إلى اللهو ، بل قد تكون إشباعا

---

(١) F, Carnelutti « Teoria generale del reato » n. 49 et s,

لحاجة الغير بالتصدق على فقير بائس . فحصول السارق على مال ليس له ، هو غرضه من السرقة ، أما غايته منها فهى الوجه الذى ينفق فيه المال المسروق بعد حصوله عليه ، وليس معنى ذلك أن الغرض من السرقة يختلط بالقصد الجنائى فيها . فالقصد الجنائى فى الجريمة هو اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل المادى المكون لها على النحو الذى وصف به فى القانون ، وبالتالى فإن القصد الجنائى فى السرقة هو انصراف الإرادة إلى فعل الإختلاس وإلى إتيانه على مال مملوك للغير . أما الغرض منها فهو جنى الثمرة الطبيعية المباشرة لهذا الفعل ألا وهى اضافة المال المسروق إلى ملك المختلس .

وقد يقال إن انصراف إرادة المختلس إلى هذه الثمرة الطبيعية المباشرة للفعل وهى إضافة المال المختلس إلى ملكه ، عنصر لابد منه لتوافر القصد الجنائى فى السرقة ، لأن هذا القصد لا يتحقق إلا بوجود نية التملك لانية الاستعمال ، ومن ثم يختلط الغرض من السرقة وهو تملك مال الغير ، بالقصد الجنائى فيها وهو نية هذا التملك بالذات .

ولكن هذا الاعتراض يرد عليه بأن الغرض لايختلط بالقصد ولو أنه يكون جزءا من اجزائه هو الأخير منها بالنظر إل تسلسل التنفيذ . فقبل أن ينصرف قصد السارق إلى إضافة مال الغير إلى ملكه ، ينصرف قصده أولا إلى اختلاس هذا المال بنقله من حيازة المالك إلى حيازته . القصد إذن كل والغرض جزء منه ، ولأن القصد أوسع مضمونا من الغرض لكونه يحتضن إلى جانب الغرض أجزاء أخرى هى بالذات الوسائل الموصلة إلى الغرض ، فهو إذن لايختلط بالغرض إلى حد القول بأنهما مترادفان . وليس أدل على هذه الحقيقة من أن نية تملك مال الغير كغرض من جريمة السرقة ، هى بعينها الغرض من جريمة النصب ومن جريمة خيانة الأمانه . ومع ذلك لايسوغ القول بأن القصد الجنائى واحد فى هذه الجرائم الثلاث ، فالغرض منها واحد ولكن القصد الجنائى فيها ليس واحدا . ذلك لأن جريمة السرقة تنصرف إرادة الفاعل فيها إلى وسيلة لتحقيق ذلك الغرض غير الوسيلة

التى تنصرف إليها إرادة النصاب أو خائن الأمانة . هذه الوسيلة هى فى السرقة الاختلاس بغير رضا المالك ، وهى فى النصب الاحتيال على المالك ، وهى فى خيانة الأمانة إخلال بالثقة التى وضعها المالك فى الحائز الخائن . ومن ثم بينما ينصرف القصد الجنائى فى السرقة إلى تملك مال الغير بطريق الاختلاس ، ينصرف فى النصب إلى تملكه بطريق الاحتيال ، وفى خيانة الأمانة إلى تملكه بطريق الاخلال بالثقة . هذا الاختلاف فى الوسيلة يستتبع رغم وحدة الغرض اختلافا فى القصد الجنائى . وتفسير ذلك أن القصد الجنائى حسب تعريفه المستقر فقها ، لايقتصر على انصراف الإرادة إلى نتيجة ما أو إلى غرض ما ، بل يتطلب كذلك انصرافها إلى الفعل المادى الذى وصفه القانون كوسيلة مؤدية إلى هذه النتيجة أو الغرض .

وما قلناه الآن فى شأن الغرض بالنسبة للقصد ، يصدق كذلك على مثال آخر هو جريمتا القذف والسب . فالغرض منهما واحد وهو المساس بشرف المجنى عليه أو اعتباره . غير أن القصد الجنائى فيهما مختلف ، لأنه فى القذف ينحصر فى انصراف الإرادة إلى إذاعة واقعة معينة ، بينما فى السب ينحصر فى انصرافها إلى إذاعة أى أمر موجب للاحتقار . وبتعبير آخر نقول إنه بينما يمتاز القصد الجنائى فى القذف بأن الوسيلة التى تنصرف إليها الإرادة للغض من شرف المجنى عليه أو اعتباره ، مردها إلى دائرة المعرفة فى نفس القاذف ، فإن القصد الجنائى فى السب يمتاز بأن هذه الوسيلة لا ترد بالنسبة لمرتكب السب إلا إلى محض دائرة الشعور فى نفسه .

وكما أن الغرض بمفرده لايتحقق به القصد الجنائى ، إذا لم يكن الفاعل قد ارتكب الفعل المادى الذى وصفه القانون الجنائى كوسيلة لتحقيق هذا الغرض ، فإن العكس كذلك صحيح ، بمعنى أن انصراف الإرادة إلى هذا الفعل المادى دون انصرافها إلى الغرض الذى يجعل منه جريمة فى نظر القانون ، لايكفى لتوافر القصد الجنائى .

وتطبيقا لذلك لا تتوافر جريمة السرقة ولو تحقق اختلاس مال الغير ، متى كانت إرادة المختلس منصرفة إلى استعمال هذا المال لا إلى تملكه ، إذ لا يعاقب القانون المصرى على سرقة المنفعة Furtum usus . فانعدام غرض التملك إذن لا يتحقق معه القصد الجنائى فى جريمة السرقة طبقا لقانون العقوبات المصرى . وانصراف إرادة شخص ما إلى النطق بعبارات يستفاد منها ما يمس بشرف سامعها ، لا يكفى لتوافر القصد الجنائى فى القذف أو السب ، إذا لم يكن لدى الناطق غرض المساس بشرف السامع . فالقصد الجنائى فى هاتين الجريمتين يتطلب كجزء منه غرض القذف أو السب . فكثيرا ماتنطوى على قذف أو سب ألفاظ بريئة فى ظاهرها ، وتخلو منهما ألفاظ ظاهرها مهين ، وذلك طبقا لغرض القائل كما ينكشف من مناسبة القول .

وإن الفقه الألمانى يقسم الجريمة إلى ركنين : ركن مادى هو عدم مشروعية السلوك أى إتيان فعل مطابق ماديا لفعل وصفه كجريمة أحد نصوص القانون الجنائى ، وركن معنوى هو انصراف الإرادة إلى الفعل ونتيجته حالة الجريمة العمدية ، أو إلى الفعل وحده أى إلى مجرد السلوك مع الإهمال حالة الجريمة غير العمدية . ولما كان الركن المعنوى أى القصد الجنائى فى الفقه الألمانى ، يقتصر فى حالة الجريمة العمدية — كما هو ظاهر — على انصراف الإرادة إلى الفعل المادى وإلى نتيجته المادية دون الغرض الذى يجعل من هذا الفعل جريمة فى نظر القانون ، ولما كان هذا الغرض Absicht لابد منه مع ذلك لتوافر الجريمة واستحقاق العقاب ، فقد أدخله بعض فقهاء الألمان فى الركن المادى باعتباره كما يقولون عنصرا معنويا فى عدم مشروعية السلوك ein Subjektives Rechtswidrigkeitselement غير أن الفقه الجنائى فى إيطاليا وفرنسا ومصر ، يعتبر الغرض جزءا من القصد الجنائى أى من الركن المعنوى ، ولا يرى داعيا لإدخاله مع الركن المادى ، كما يفعل جانب كبير من الفقه الألمانى[1].

---

(١) Edmund Mezger «Strafrecht» allgemeinerteil 1952, P. 78, 79, 80 Gerichtssaal, 1923, n. 89 P. 207 et. s.

الخلاصة إذن أن الغرض من الجريمة لايختلط بالقصد الجنائى فيها ، وإن كان وثيق الصلة به لأنه جزء من هذا القصد . وهو بين أجزاء القصد الجنائى بمثابة الجزء الأخير من حيث وقت تحققه . ولما كان الغرض من جريمة ما — كما قلنا — هو تحقيق المصلحة المباشرة التى للمجرم فى هذه الجريمة ، ولما كانت تلك المصلحة المباشرة تنحصر فى بلوغ النتيجة الطبيعية الفورية للفعل المادى المكون للجريمة ، فإنه يمكن تعريف الغرض من الجريمة بأنه تحقيق النتيجة الطبيعية المباشرة لفعلها ، وبذا لا يختلط الغرض بالغاية على اعتبار أنها السعى إلى نتيجة للفعل أى إلى تحقيق مصلحة فيه ليست فورية مباشرة ولكنها بعيدة غير مباشرة .

فالغرض من جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة هو تملك مال الغير والغرض من جرائم الضرب والجرح والقتل عمدا هو المساس بسلامة المجنى عليه ، فى الأولى بضربه ، وفى الثانية بإحداث جروح فى جسمه ، وفى الثالثة بإزهاق روحه . والغرض من جريمتى القذف والسب هو المساس بشرف المجنى عليه أو اعتباره الخ . . . أما الغاية من السرقة فقد تكون — كما قلنا — إشباع جوع أو الإنفاق فى لهو أو التصدق على فقير . والغاية من القتل قد تكون تشفيا وأخذاً بالثأر ، وقد تكون استئثارا بميراث أو تحقيقا له ، وقد تكون تفاديا لعار كما فى قتل المولود سفاحا ، وقد تكون خدمة للوطن كما فى قتل السياسى الخائن . والغاية من القذف أو السب قد تكون إشباعا لحقد ، وقد تكون رداً على إهانة سابقة ، وقد تكون اعتلاء لمكانة على حساب المجنى عليه بالحلول فيها محله الخ . . .

وكون الغايات لاعبرة بها فى وجوب العقاب أو عدم وجوبه ، أمر مسلم به فى فقه القانون الجنائى . ذلك لأن الغايه مهما كانت نبيلة ، لاتبرر الجريمة كوسيلة لتحقيقها . فالجريمة لعدم مشروعيتها لا يمكن أن تباح كوسيلة لبلوغ الغايات . ومن يريد تجنيب الوطن شر السياسى الخائن مثلا ، فى استطاعته بلوغ هذه الغاية بوسيلة أخرى غير قتل هذا السياسى . وعديدة

هي الوسائل المشروعة المحققة لمختلف الغايات . ومن جهة أخرى ، فإن الجريمة تتحقق بمجرد توافر أركانها ، ويعتبر مرتكبها مخالفاً للقانون خارجا عليه أيا كانت غايته من ارتكابها ، ويستحق العقاب على عصيانه أمر القانون دون أن تشفع له فى هذا العقاب غايته ، وإن كانت هذه الغاية تؤثر فى تقدير المدى الذى تصل إليه العقوبة شدة أو ضعفا . وأخيرا فإن جعل العقاب على الجريمة متوقفا على الغاية من ارتكابها ، ينزل الاضطراب فى تطبيق أحكام القانون الجنائى ، إذ يحمل على الخوض فى أبحاث نفسانية نتيجتها غير أكيدة ، وعاقبتها اعتداد معيب بأهواء المجرمين ونزواتهم .

٥ — الآن وقد ألقينا الضوء على معنى القصد والغرض والغاية والباعث ، لا مناص لنا قبل استئناف البحث ، من إعمال الفكر فى مشكلتين تتعلقان بهذا المعنى ، وتتوقف على حلهما نتائج عملية لها أهميتها . إحدى هاتين المشكلتين خاصة بالباعث فى الجرائم غير العمدية والأخرى خاصة بتطبيق أحكام العود على هذه الجرائم .

فالمشكلة الأولى : موضوعها النظر فيما إذا كان للغرض والغاية وبالتالى للباعث على الجريمة ، محل فى الجرائم غير العمدية . تناول الفقه الإيطالى هذه المشكلة بالبحث . ويبدو للوهلة الأولى أن الجريمة غير العمدية لا وجود فيها للباعث ، لأن الباعث على الجريمة هو التصور الذهنى للغرض أو الغاية منها ، ومن يرتكب جريمة غير عمدية لا تنصرف إرادته إلى نتيجتها حتى يقال إن له فى هذه النتيجة غرضا أو غاية ، وأنه تصور فى ذهنه هذا الغرض أو هذه الغاية قبل ارتكابه الجريمة . يبدو إذن أن الجريمة غير العمدية ليس لها باعث ، إذ لا وجود لغرض أو غاية منها . وكون الغرض لا وجود له — على ما يظهر — فى الجريمة غير العمدية ، مؤيد بأن الغرض جزء من القصد الجنائى ، والقصد لا وجود له فى هذه الجريمة لقيامها على الإهمال لا على القصد . وكون الغاية لا وجود لها كذلك فى تلك الجريمة ، فهو نتيجة طبيعية لانعدام الغرض منها ، لأنه حيث لا يوجد حتى الهدف القريب ، ينعدم من باب أولى الهدف البعيد .

وإن هذا الذى ينصرف إليه الذهن لأول وهلة ، قد أيدته محكمة النقض الإيطالية فى حكم قضت فيه بأن الباعث يفترض وجود إرادة تولدت منه عن وعى وتبصر ، والجريمة غير العمدية لا تتجه إرادة فاعلها إلى النتيجة المادية المترتبة عليها ، حتى يقال إن هناك باعثا لارتكابه تلك الجريمة وإتيانه هذه النتيجة (١).

ولكن ذلك الرأى مع الروية والنظر الثاقب ، يتضح وجه الضعف فيه .

فالجريمة غير العمدية لا تتجه إرادة فاعلها إلى نتيجتها المادية ، ولكن إرادته تنصرف مع ذلك إلى السلوك المهمل الذى أفضى عن غير عمد إلى هذه النتيجة . فلا شك فى أن السلوك فى الجريمة غير العمدية إرادى وإن كانت نتيجته غير إرادية . وحيث تنعدم الإرادة لا نكون بصدد سلوك بالمعنى الصحيح ، فينتفى وجود الجريمة والمسئولية الجنائية . يدل على ذلك ، أنه كثيرا مايجعل القانون من السلوك المهمل جريمة ، ولو لم تنجم منه أية نتيجة ضارة . وما دام ذلك كذلك ، فالجريمة غير العمدية لابد لها هى الأخرى ككل سلوك أو عمل إرادى ، من باعث ومن غرض وغاية ، ولكن يتعلق باعثها وغرضها والغاية منها ، بالسلوك الإرادى فيها لا بنتيجتها غير الإرادية . ولهذا أهميته من وجهتين من وجهة الظروف المشددة أو المخففة للعقوبة ومجالها فى الجرائم غير العمدية ، ومن وجهة العود وجواز تحققه بارتكاب جريمة غير عمدية بعد أخرى عمدية أو العكس ، الأمر الذى تدور عليه المشكلة الثانية المتقدم ذكرها والمراد علاجها فى هذا الموضع .

أما عن الظروف المخففة أو المشددة للعقوبة ، فكثيرا ما تنحصر فى الباعث الذي تولدت منه الجريمة ، ومن ثم فى الغرض أو الغاية منها . ولهذا مجاله كذلك حتى فى الجريمة غير العمدية . فالمربية التى تتسبب بإهمالها

---

(١) Cass, 25 Febbraio 1935 Riv. it. di diritto penale. 1935, 255,

فى إحداث حروق بطفل موكول إلى رعايتها ، لأنها قصرت فى ملاحظته فلمس وعاء على النار به ماء يغلى ، وانقلب عليه الوعاء بمـائه ، تعتبر جديرة برأفة القاضى ، متى كان هذا التقصير منها راجعا إلى اشتغالها بأمر طفل آخر موضوع تحت رعايتها ، بينما لا تستحق هذه الرأفة مربية أخرى ، تسببت فى مثل ذلك الحادث ، لأن تقصيرها فى ملاحظة الطفل راجع إلى إغفالهـا أمره ، حرصا على اللحاق بعشيق لهـا كانت على موعد غرامى معه . فهنا يختلف مدى مسئولية المربيتين عن حادث بعينه ، تبعا لاختلاف الباعث لهمـا على السلوك المهمل الذى أنتج هذا الحادث .

والسائق الذى يتسبب فى إصابة أحد المـارة لقيادته السيارة بسرعة جنونية تخالف اللوئح يختلف مدى عقوبته تبعا للباعث له على هذا الإسراع فى القيـادة . فإذا كان باعثه على ذلك هو عجلته فى أن يسعف بالدواء ابنـا له ، استحق من القاضى عطفـا لا يكون له محل لو كان باعثه هو قضاء مهمة عادية مثل نقل راكب أو متاع [١].

ومن الظروف القضـائية المخففة للعقوبة — كما هو معروف — ظرف الاستفزاز . وقد أثار هذا الظرف نقاشاً بين أئمة القانون الجنـائى الإيطالى فيما يتلق بإقرار وجوده وتأثيره فى ميدان الجرائم غير العمدية . وطرحت على محكمة النقض الإيطـالية حالتـان توافر فيهما الإستفزاز فى جريمة غير عمدية . إحدى هاتين الحالتين كانت خاصة بشخص ثارت ثائرته لاستفزازه من آخر ، فقذف فى عنف جسما صلبا أصاب ثالثـا [٢] . وكانت الحـالة الأخرى تتعلق بجندى أهانه أحد الشبان فاختل اتزانه وأتى حركة عصبية مضطربة انطلقت من جرائهـا عن غير قصد رصاصة من بندقيته أصـابت هذا الشاب فقتلته [٣] . وضرب أحد الفقهاء لذلك الاستفزاز مثلا بمن قبض

(١) E, Altavilla « La colpa » 1949, p, 92,

(٢) Cass. 18 ottobre 1933, Giust, pen, 1934, 11, 323

(٣) Cass. 9 dicembre 1925, Scuola Positiva 1927 11, 56,

على مسدسه على أثر صفعة نالها من آخر ، ورغم نجاحه فى حمل نفسه على الإحجام عن القتل ، لم يستطع السيطرة على أعصابه الثائرة ، فألقى بالسلاح على الأرض فى عنف ، فانفجر السلاح وأصاب من صدرت منه الإهانة أو شخصا آخر[1] . محل النظر إذن فى أمثلة كهذه ، هو ما إذا كان للاستفزاز أثر فى تخفيف عقوبة الجريمة غير العمدية . وقد اعترفت له محكمة النقض الإيطالية بهذا الأثر ، الذى رغم اعتراض جانب كبير من الفقه الإيطالى عليه ، يقره على كل حال الرأى الراجح فى هذا الفقه[2].

وحجة هذا الرأى الراجح ، أنه ما دام الاستفزاز ظرفاً مخففاً لعقوبة الجريمة العمدية ، وهى جريمة تتحقق نتيجتها عن قصد من الجانى ، فإنه يجب أن يكون كذلك من باب أولى فى الجريمة غير العمدية التى تتحقق نتيجتها بغير قصد[3] ، وأن الجريمة غير العمدية وإن كان الاستفزاز لا تربطه بنتيجتها صلة مباشرة ، إلا أنه وثيق الصلة فيها بالسلوك المهمل الذى تقوم عليه ، وأن الاستفزاز يوهن قوة ضبط المرء لنفسه ، ويقلل بالتالى من دلالة الخطورة فيما يتخذه عندئذ من سلوك ، سواء كون هذا السلوك جريمة عمدية أو غير عمدية[4] .

وقد تنشأ عن الاستفزاز جريمة غير التى كانت مقصودة ، كما لو قذف شخص بحجر قاصداً تحطيم الواجهة الزجاجية لمحل تاجر أهانه ، فلم يصب الحجر هذه الواجهة وإنما أصاب أحد المارة . فعندئذ يعتبر الاستفزاز ظرفاً مخففاً للعقوبة المستحقة عن هذه الإصابة الخطأ . وقد تنشأ عن الاستفزاز جريمتان إحداهما عمدية والأخرى غير عمدية ، كما لو أصاب الحجر فى المثال السابق واجهة المحل والشخص المار أمامها عرضاً . فعندئذ

---

(١) Altavilla. op. cit, p, 246 « Reati Contro le persone 1927 p. 178, 179,

(٢) Manzini « Diritto Penale italiano » vol, II, 250,

(٣) Valsecchi « Ancora sulla compatibilità della colpa con la provocazione » Riv, it. di dir, pen, 1933. 332,

(٤) Altavilla, op. cit. p. 245.

يسوغ الاستفزاز تخفيف العقوبة ، سواء عن جريمة الإتلاف وهى عمدية ، أو عن جريمة الإصابة الخطأ وهى غير عمدية . وظاهر أن تخفيف العقوبة سائغ سواء أكانت الجريمة غير العمدية قد أصابت بأذاها ذات الشخص الذى بدر منه الاستفزاز أو شخصاً آخر .

ورغم أن الاستفزاز فى القانون الجنائى المصرى ، ظرف مخفف قضائى لا قانونى ، لعدم ورود نص عليه فى هذا القانون كالنص الوارد عنه فى قانون العقوبات الإيطالى (م ٢/٦٢) ، إلا أن الاعتبارات التى أدت فى إيطاليا إلى إقرار أثره حتى فى الجرائم غير العمدية ، ليس فى مصر ما يمنع من الأخذ بها .

وما قيل عن الاستفزاز يصدق على كل ظرف آخر يستدعى تخفيف العقوبة .

فقد نصت المادة ١/٦٢ من قانون العقوبات الإيطالى على أنه يعتبر ظرفاً مخففاً فى الجريمة كون الجانى قد ارتكبها لبواعث ذات قيمة خاصة أدبية أو اجتماعية . ويصدق هذا سواء فى الجريمة العمدية أو غير العمدية ، إذ النص عام لم يخصص . وقد رأينا كيف يتفاوت الباعث فى قيمته الأدبية بين حالة وأخرى لذات الجريمة غير العمدية . وتعزيزاً لهذا الاعتداد بالباعث كظرف مخفف لعقوبة الجريمة غير العمدية ، لنفرض أن شاباً فقيراً معدماً سرق دواء ليعالج به أمه المريضة ، ولكى يصل اليها بهذ الدواء على عجل ، قاد سيارة مستعارة بسرعة تخالف اللوائح فأصابت أحد المارة ، فلا يسوغ أن يعتبر الباعث — وله هنا قيمة أدبية خاصة — ظرفاً مخففاً لجريمة السرقة وهى عمدية ، دون جريمة الإصابة خطأ وهى غير عمدية . فالباعث كظرف مخفف بصفة عامة ، ما دام يحدث أثره فى تخفيف عقوبة الجريمة العمدية ، فإنه يجب أن يحدث هذا الأثر من باب أولى فى عقوبة كل جريمة غير عمدية تصدر عنه . ولم ينص قانون العقوبات المصرى

على الباعث ذى القيمة الخاصة أدبياً أو اجتماعياً ، كظرف مخفف شخصى عام . غير أنه ليس ثمة ما يمنع من اعتباره فى القانون المصرى ظرفاً مخففاً قضائياً لا قانونياً ، ومن الاعتداء به كذلك حتى فى الجرائم غير العمدية .

هذا عن الظروف المخففة .

أما عن الظروف المشددة بصفة عامة ، فتنص المادة ١/٦١ من قانون العقوبات الإيطالى ، على أنه يعتبر ظرفا مشدداً فى الجريمة كون فاعلها قد ارتكبها لبواعث وضيعة أو تافهة . وقد تناول الفقه بالبحث سريان هذا النص حتى على الجريمة غير العمدية . ويذهب الرأى الراجح إلى أنه إذا كان من الممكن وجود باعث وضيع لهذه الجريمة ، فليس من المتصور وجود باعث تافه لها . ذلك لأن سلوك الإهمال أو عدم الاحتياط تتفاوت خطورته باختلاف الباعث عليه وضاعة أو سمواً . وقد رأينا ذلك فيما تقدم ذكره من أمثلة فى الظروف المخففة . أما الباعث التافه ، فيفترض وجود جريمة عمدية ، ولا يمكن القول بوجوده فى الجريمة غير العمدية ، لأنه لقياس مدى أهمية باعث ما أو تفاهته بالنسبة لنتيجة ما ، لا بد أن تكون هذه النتيجة مقصودة حتى يمكن إجراء هذا القياس . فحيث تكون النتيجة غير مقصودة ، لا يمكن القول بما إذا كانت متناسبة مع الباعث ، أو كانت جسيمة وهو ضئيل . ولاستجلاء هذه الفكرة نقول إن استظهار وضاعة الباعث أو سموه ، لا يقتضى النظر إلى نتيجة السلوك اكتفاء بالسلوك نفسه مجرداً عن نتيجته . ومن أجل هذا يكون للباعث الوضيع محل حتى فى الجريمة غير العمدية كمحض سلوك إرادى . أما استظهار تفاهة الباعث أى مدى أهميته فأمر لا يكفى فيه النظر إلى مجرد السلوك ، لأن سلوك الإهمال فى ذاته واحد لا تتفاوت صورته تبعاً لما إذا كان الباعث عليه هاما أو تافهاً ، وإنما يقع التفاوت فى نتيجة هذا السلوك ، فهى التى تختلف باختلاف الأحوال . فإن كان من الممكن أن يكشف السلوك المهمل عن باعثه من حيث الوضاعة أو السمو ، فإنه لا يمكن أن يكشف عن هذا الباعث من حيث التفاهة

أو الأهمية . ذلك لأن قياس تفاهة الباعث أو أهميته ، يقتضى الموازنة بينه وبين النتيجة المادية المترتبة على السلوك ، فإن كانت جسيمة بالنسبة للباعث كان الباعث تافهاً بالنسبة لها ، ولا محل لتلك الموازنة إلا حين تكون هذه النتيجة مقصودة ، أى حين تكون الجريمة عمدية . ثم إن القول بغير ذلك لا جدوى فيه من الناحية العملية ، بل يفضى إلى اعتبار الباعث تافهاً ، فى جميع الأحوال التى تكون للجريمة غير العمدية فيها نتيجة جسيمة ، دون تفرقة بين حالة وأخرى ، إذ يسهل أمام جسامة النتيجة القول بأن الباعث تافه بالنسبة لها .

فيمكن القول بأن الأم التى غفلت عن طفلها بإصلاح ثوب لها ، فأخذ هذا الطفل يعبث حتى وقع على الأرض وأصيب بكسر ، تعتبر متسببة بخطئها فى هذه الإصابة الجسيمة لباعث تافه وهو إصلاح ثوبها ، ومن ثم تستحق تشديد العقوبة عليها لتفاهة الباعث . ولكن هذا قول لا يستساغ ، ولو صح لأمكن الادعاء بأن لكل جريمة غير عمدية باعثاً تافهاً فى جميع الأحوال التى تكون لهذه الجريمة فيها نتيجة جسيمة ، ولصار تشديد العقاب عليها عندئذ قاعدة عامة ، مع أن التشديد ليس هو الأصل بل الاستثناء[1].

ولم ينص قانون العقوبات المصرى على الباعث الوضيع والباعث التافه كظرفين مشددين للعقوبة . غير أنه لا مانع من الأخذ بهما فى القانون المصرى كظرفين مشددين قضائيين لا قانونيين ، وعندئذ تسرى عليهما الاعتبارات المتقدم ذكرها فى مجال الجرائم غير العمدية .

---

(١) Altavilla, « La colpa » p. 242.

ومن قبيل الباعث الوضيع فى جريمة عمدية أن يقتل رجل عشيقاً لزوجته كان قد ارتضى هو أن تعاشره ، وذلك لأن هذا العشيق لم يثابر على إمداده بالنقود . ومن قبيل الباعث التافه فى جريمة عمدية كذلك أن يقتل شخص أحد المارة لا لشىء إلا لأنه إذ صدم هذا المار بكتفه عفواً فى زحام المرور ، وجه إليه هذا عبارة قاسية تحت تأثير ألم الصدمة ، أو أن يقتل شخص آخر لمجرد أن هذا الآخر والد زوج سيدة هى إبنة خصمه (أنظر فى الواقعة الأخيرة نقض إيطالى ١٦ — ٦ — ١٩٣٩ — Mass, Riv, Pen, 1939 p. 777 no. 1594) —
Antolisei « Mannale » p, generale 1949 - p. 232,

٦ — عالجنا الآن المشكلة الأولى الخاصة بالباعث ومجاله فى الجرائم غير العمدية كظرف مخفف أو كظرف مشدد . ونعالج الآن المشكلة الثانية الخاصة بالعود فى تلك الجرائم .

فالعود قد يبدو عدم إمكان قيامه هو الآخر بارتكاب جريمة غير عمدية بعد أخرى عمدية . ذلك لأن العود كظرف مشدد للعقوبة ، أساسه عدم ارتداع الجانى بالحكم النهائى الصادر عليه فى جريمة سابقة ، وقد يتعذر القول بأن الجانى لم يرتدع بهذا الحكم السابق حين تكون جريمته الجديدة غير عمدية ، لأن نتيجة هذه الجريمة غير مقصودة منه . ولكن الحقيقة غير ذلك . فالثابت أن الجريمة غير العمدية تصدر عن ذات الطبع النفسى الذى تنبعث منه الجريمة العمدية . فمن يقبل على نفسه إزهاق حياة الغير عمداً ، جدير كذلك بأن يتسبب فى إزهاقها إهمالا . وعدم الاكتراث بسلامة الغير ينشأ من ذات المصدر الذى يعزى إليه قتل الغير عمداً ، ألا وهو انعدام التقوى وعدم وجود الحرص على أمن الآخرين[١] . ومن ثم فالقاتل خطأ يعتبر عائداً ولو كان قد سبق الحكم عليه لقتل عمد لا لقتل خطأ ، وكذلك الجارح خطأ .

وهذا الرأى يتفق على كل حال مع حكم القانون الوضعى . فالمادة ٤٩ من قانون العقوبات المصرى ، لا تشترط لقيام العود فى فقراتها الثلاث أن تكون الجريمة المنسوبة إلى المتهم العائد والجريمة السابق الحكم عليه فيها طبيعتهما واحدة من حيث التعمد أو عدم التعمد . فكما يتوافر العود طبقاً لتلك المادة بين جريمتين عمديتين أو بين جريمتين غير عمديتين ، يتحقق أيضاً بين جريمتين إحداهما عمدية والأخرى غير عمدية .

٧ — بعد ما تقدم ، نرى أن نقول كلمة عن العلاقة بين القصد والغاية والعلاقة بين القصد والغرض .

---

(١) Altavilla, op., cit, p. 240.

فالعلاقة بين القصد والغاية تقتضى منا الكلام عما يسمى بالقصد الجنائى الخاص . وإن عبارة القصد الخاص تستعمل فى فقه القانون الجنائى لتمييز هذا القصد عما يسمى بالقصد العام غير أن العبارتين فى نظرنا محل للنقد . ذلك لأن القول بوجود قصد خاص فى مقابل القصد العام ، يوحى بأن هناك نوعين مختلفين من القصد ، وأن القصد الخاص يغاير فى طبيعته القصد العام . بل إن ظاهر التسميتين قد يحمل على الظن بأن أحد القصدين قد يتوافر بدون القصد الآخر . ولكن هذا الظن يجافى الحقيقة بل لا يتفق والمعنى المقصود بهذين التعبيرين . فالمراد بالقصد العام اتجاه إرادة الجانى إلى إتيان الفعل المادى المكون للجريمة على النحو الذى وصف به فى القانون . وبديهى أنه فى حالة اشتمال هذا الوصف على نتيجة معينة يستلزم القانون فى الفعل أن يحدثها ، يتعين لتوافر القصد الجنائى أن تتجه الإرادة كذلك إلى هذه النتيجة . أما المراد بالقصد الخاص فهو أنه غاية معينة يتطلب القانون أن يكون الفعل المادى المكون للجريمة قد ارتكب فى سبيلها ، بحيث إذا تخلفت فى هذا الفعل ووجدت له فى محلها غاية أخرى مختلفة ، لا تقوم الجريمة ولا يستحق العقاب .

ومن أمثلة ذلك فى القانون المصرى جريمة التزوير ، إذ لا يكفى لقيامها أن تكون إرادة الفاعل قد اتجهت إلى الفعل المادى المكون له وهو تغيير الحقيقة فى محرر ، بل يجب كذلك أن تكون غاية الفاعل من هذا التغيير استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله[1]. فإذا لم تكن الغاية من تغيير الحقيقة فى المحرر هى استعمال هذا المحرر ، فلا جريمة ولا عقاب . ويعبر الفقه عن ذلك بقوله إن جريمة التزوير يلزم فيها إلى جانب القصد العام ، قصد خاص هو نية استعمال المحرر . وجريمة إلقاء الدسائس إلى دولة أجنبية ، يشترط لتوافرها طبقاً للمادة (٧٨ع) أن يقع هذا الفعل بنية استعداء

(١) نقض ٧ فبراير ١٩٥٠ مجموعة محكمة النقض س ١ رقم ١٠٣ ص ٣١٢ « جرائم التزوير فى القانون المصرى » للدكتور السعيد مصطفى السعيد سنة ١٩٥١ ص ١٥٢ — ١٦١

هذه الدولة على مصر أو تمكينها من العدوان عليها . ولا تعاقب (المادة ٨٠ ع) الحصول على سر من أسرار الدفاع ، إلا إذا كان بنية تسليم هذا السر إلى دولة أجنبية .

ومن أمثلة الغايات التى يتوقف على وجودها قيام الجريمة فى القانون الفرنسى ، غاية إثارة البغض بين المواطنين أو السكان ، إذ كان المرسوم بقانون ٢١ أبريل سنة ١٩٣٩ يتطلب للعقاب على جريمة القذف المرتكب فى حق مجموع أشخاص ينتمون فى الأصل إلى جنس أو دين معين[١]. وقد أصدرت حكومة فيشى فى ٥ فبراير سنة ١٩٤١ قانوناً يعاقب مؤجر المنزل المعد للسكنى على رفضه تأجير المنزل ، إذا كان هذا الرفض راجعاً إلى كون طالب الإيجار رب أسرة ذا أولاد كثيرين ، وهذا باعث من اليسير على المؤجر التظاهر بأن الرفض غير مبنى عليه[٢] . واستقر القضاء الفرنسى على أن جريمة التزوير المنصوص عليها فى المواد ١٥٠ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسى ، لا تتوافر إلا إذا كانت الغاية من تغيير الحقيقة فى محرر ، هى إحداث ضرر فردى أو اجتماعى ، ومن ثم تنتفى هذه الجريمة فى حق الشخص الذى يصطنع مثلا وصية زائفة على سبيل المزاح وبدون أن يهدف إلى استعمالها[٣].

ومن قبيل الإعتداد بالباعث أو الغاية فى تقرير المسئولية الجنائية بالقانون الإيطالى ، ما تنص عليه المادة ٦٤٢ من هذا القانون ، إذ تقضى بأنه لكى يكون إتلاف الشخص لماله أو بتره لأحد أعضائه جريمة ، يجب أن يكون فعله هذا قد ارتكب بغية الحصول على مبلغ تأمين ضد الكوارث .

ومن قبيل ذلك فى القانون الألمانى ، ما تنص عليه المادة ١٤٦ من هذا القانون ، إذ تقضى بأن جريمة تزييف النقود لا تتوافر إلا إذا كانت الغاية من هذا التزييف ، استخدام النقود المزيفة على أنها صحيحة ، أو وضعها

---

(١) Donnedieu De Vabres "Traité de droit criminel ....." 1947 n. 125, p. 77.

(٢) Donnedieu De Vabres. op. cit. p. 78.

(٣) Donnedieu De Vabres, op. cit. p. 76 n. 124.

على أية حال فى التعـامل ، Um das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen. والرأى مستقر على ضرورة توافر الغاية لقيام جريمة التزييف فى القانون المصرى كذلك[1].

من كل هذه الأمثلة يتضح أن تقسيم القصد الجنائى إلى نوعين ، أحدهما يسمى بالقصد العـام والآخر بالقصد الخاص ، لا يقره نظر على سديد . ذلك لأن القصد الخاص كغاية يعتد بهـا المشرع فى التجريم ، له وجوده — كغاية من الفعل — حتى حيث يكتفى المشرع بذلك الذى يسمى قصداً عاما ففى عندئذ لا بد أن تـكون للفاعل غاية من فعله ، غير أن القانون لا يقيم لهـا اعتباراً ويقرر عقابا للفعل فى جميع الأحوال وأيا كانت الغـاية منه[2]. فوجود غاية لـكل فعل إنسانى أمر لا جدال فيه . وكل ما فى الأمر أن المشرع تارة يعتبر الفعل جريمة أيا كانت الغاية منه ، كما فى القتل مثلا ، وتارة لا يعده كذلك إلا إذا ارتـكب لغاية معينة ، كما فى الأمثلة المتقدم ذكرها . ومفاد ذلك أن القاعدة القـائلة بأنه لا عبرة بالغايات والبواعث فى تقرير المسئولية الجنائية وجوداً وعدما ، قاعدة غير مطلقة لا يمكن تعميمها على كل الجرائم . وقد كان الأحرى فى لغة الفقه ، التعبير عن المراد بهذه الصيغة ، عوضاً عن تقسيم القصد الجنـائى إلى عام وخاص ، وما قد يترتب على هذا التقسيم من لبس أو خطأ فى الفهم .

وإن هذه المنـاسبة لتسوقنا إلى الحديث عن حقيقة لا بد من الوقوف عليها فى تطبيق كل نص قانونى يجعل قيـام الجريمة متوقفاً على غاية معينة . هذه الحقيقة هى أن الغاية كثيراً ما تقترن فى النفس بأخرى غيرها . فالنفس

(١) أنظر مؤلف أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى « شرح قانون العقوبات » القسم الخاص . رقم ٨٢ ص ٧٠ ، ص ٧١ وكذلك مؤلف الدكتور السعيد السابق ذكره ص ١٥٩

(٢) R. Pannain "Manuale di diritto penalo," I. 1950, p. 317—319.

بحر خضم صاخب تلتطم وتختلط تيـاراته ويستحيل وضع حد فاصل بين الواحد منها والآخر . فالأمر الواحد قد تهدف به النفس إلى غايتين فى آن معاً . وقد يصعب عندئذ استخلاص الغـاية التى يتطلبها المشرع لاستحقاق العقـاب والقطع بقيامها أو عدمه . غير أن هذه الصعوبة من اليسير تذليلها وذلك عن طريق الترجيح والتغليب .

فحين تقترن فى الفعل الواحد غايتان كل منهما تعاصر الأخرى ، تـكون العبرة بينهما بالغاية الغـالبة . ومن أجل هذا يظهر وجه الخطأ فى قول محكمة النقض المصرية عن جريمة الإتلاف مثلا ، إن نية الإضرار فيها متوافرة حتما بتعمد الإتلاف[1] . ويبدو أيضاً خطأ القول عن جريمة البلاغ الـكاذب ، بأن الإبلاغ فيهـا بأمر كاذب ، يتضمن فى ذاته وبمفرده نية الإضرار بالمبلغ فى حقه ، أى سوء القصد المنصوص عليه كشرط لقيام الجريمة . فاقتران الفعل دائماً بضرر حتمى من الناحية المـادية لا يستتبع اقترانه دائماً بغاية إحداث هذا الضرر من الناحية النفسانية فقد لا تتوافر هذه الغـاية ، وقد تتوافر وتقترن بهـا مع ذلك غاية أخرى تغلب عليهـا بحيث تصبح دونها جديرة بالاعتبـار .

فالفلاح الذى يقطع جسر مسقى لجاره ليروى أرضه ، ينتج عن فعله ضرر للجار على وجه ما ، وقد تنسب إليه من أجل ذلك الضرر المتعمد غاية الإساءة إلى هذا الجار ، ولـكن لا يمكن وضعه فى مستوى واحد مع من يقطع الجسر لا ليروى أرضه وإنمـا ليمنع المـاء عن جاره أو لمجرد إتلاف الجسر دون أن يبتغى من وراء ذلك مصلحة ما . ومن يشترى أرضاً عليها آلات وأفران مملوكة لمستأجرها فيتلف هذه الآلات والأفران بغية إقامة مصنع

---

(١) ١١ نقض نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية جزء ٧ رقم ٢٢٣ ص ٢٠٦ — نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٤ رقم ١٨٠ ص ٤٧٩

للنسيج تغلب عليه غاية أخرى غير محض الإساءة إلى هذا المستأجر[1] .
ومن يبلغ كذباً بأن ابنه الحدث سيء السلوك ومارق من سلطته ، بغية الوصول إلى إدخاله إصلاحية يتعلم فيها حرفة ، قد تستفاد غاية الإضرار لديه من كون هذا الإبلاغ يفضى بطبيعته إلى اتخاذ جزاء جنائى ضد ابنه المبلغ فى حقه ، ولكن هذه الغاية تقترن بها أخرى تغلب عليها ، هى غاية تثقيف الإبن ، لأن الجزاء الجنائى الذى نحن بصدده وهو الإدخال فى الإصلاحية يغلب فيه التثقيف على الإيلام . ومن ثم فغاية الوالد عندئذ يظهر فيها وجه الخير والبر إلى حد يتضاءل معه وجه الضرر ، ويتعين معه الإعفاء من العقوبة .

وبالمثل ، لو أن زوجة تغيب زوجها عدة أيام دون أن تعثر له على مقر ، أبلغت ضده بجريمة وهمية بغية الاستعانة بالبوليس فى البحث عنه والعثور عليه ، فإنها لا تعاقب ما دامت غايتها الغالبة فى هذا البلاغ الكاذب ، ليست هى الإضرار بالمبلغ فى حقه ، اللهم إلا إذا كانت حكمة العقاب على البلاغ الكاذب هى تجنيب سلطات التحقيق بذل العناية فى جرائم وهمية وإنفاق مجهودات فيما كان الأولى ادخارها للجرائم الحقيقية .

ولكن لو كانت هذه حكمة العقاب على جريمة البلاغ الكاذب ، لكانت هذه الجريمة تقوم على قصد الإضرار بالسلطة العامة ، لا قصد الإضرار بالمبلغ فى حقه ، ولكان مقتضى هذا النص على الجريمة فى الكتاب الخاص بالجنايات والجنح المضرة بالحكومة ، لا — كما فعل قانون العقوبات المصرى — فى الكتاب الخاص بالجنايات والجنح التى تحصل لآحاد الناس .

(١) فى هذين المثالين قضت محكمة النقض بخلاف ذلك فى حكميها المشار إليهما . وقد علق على حكمها الأول أستاذنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد بمقاله عن « القصد الجنائى فى جرائم الإتلاف » فى مجلة الحقوق س ٣ ص ٣٤٥ ؛ وهذا المقال يؤيدنا فى الاعتراض على الحكم وفى الرأى الذى كوناه .

ثم إنه لو صدق ذلك لكان « سوء القصد » الذى يتطلبه نص المادة ٣٠٥ كركن فى جريمة البلاغ الكاذب ، متوافرا حتما فى مجرد إبلاغ سلطة التحقيق بأمر كاذب ، ولكن ذكره فى النص بالإضافة إلى هذا الإبلاغ ومن قبيل النوافل التى يتعين تنزيه المشرع عنها . وقد جعل المشرع على كل حال من إخبار السلطة العامة بحوادث لا وجود لها جريمة خاصة نص عليها فى المادة ١٣٥ ع .

فلكى لا ننسب إلى المشرع نافلة من القول ، ولكى يكون لعبارة « سوء القصد » فى المادة ٣٠٥ مغزاها ومعناها ، يجب تفسيرها بأن المقصود منها انتفاء الجريمة حيث تنتفى غاية الإضرار بالمبلغ فى حقه . وتعد هذه الغاية منتفية ، حين تغلب على المبلغ فى بلاغه غاية أخرى غيرها . وتصدق الحجة عينها كذلك على نص المادة ٣٦١ الذى يتطلب « قصد الإساءة » لقيام جنحة الإتلاف . فحيث لا تكون الغاية الغالبة لدى المتلف هى الإساءة إلى المجنى عليه أى إشباع الحقد عليه ، فلا تتوافر الجنحة المنصوص عليها فى تلك المادة ، وإنما مخالفة الاتلاف غير العمدى المنصوص عليها فى المادة ٣٨٩ / ١ ع .

٨ — يبدو جليا مما قلناه ، أن الحديث عما يسمى بالقصد الخاص ، مداره العلاقة التى تقوم أحيانا بين القصد فى الجريمة والغاية منها ، على أنه إذا كانت علاقة القصد بالغاية تثير الكلام عما يسمى بالقصد الخاص ، فإن علاقته بالغرض تقتضى الكلام عما يسمى بالقصد غير المباشر أو بالقصد الاحتمالى .

يعرف الفقه الجنائى المصرى القصد الاحتمالى أو غير المباشر ، بأنه توقع الفاعل نتيجة غير التى اتجهت إرادته إلى إحداثها ، ومضيه فى النشاط الإجرامى دون اكتراثه بخطر وقوعها ، بحيث يستفاد

من تحققها أن رغبته قد تناولتها هى الأخرى إلى جانب النتيجة المقصودة مباشرة وأصلا [1].

وتعرفه محكمة النقض المصرية بأنه « نية ثانوية غير مؤكدة تختلج بها نفس الجانى الذى يتوقع أن قد يتعدى فعله الغرض المنوى عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينوه من قبل أصلا ، فيمضى مع ذلك فى تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود » [2].

ورغم أن عبارة القصد غير المباشر أو القصد الاحتمالى ، قد صار استعمالها تقليداً مرعيا فى فقه القانون الجنائى ، إلا أننا نرى أن هذه العبارة محل للنقد . فالقصد الجنائى — كما سبق لنا تعريفه — هو اتجاه الإرادة إلى الفعل المادى المكون للجريمة كما يصفه نص القانون . وحين تدخل فى الوصف القانونى لهذا الفعل نتيجة معينة ، يكون بديهيا أن القصد الجنائى يتطلب اتجاه الإرادة إلى هذه النتيجة كذلك . ولا يتصور أن تتجه الإرادة إلى نتيجة ما على نحو غير مباشر أو على نحو احتمالى . فالنتيجة إما أن تكون مقصودة أى أن يكون تحقيقها هو غرض الفاعل من فعله ، وإما أن تكون غير مقصودة ، وهذان الوضعان لا ثالث لهما . فما يسمى بالقصد غير المباشر أو الاحتمالى ، لا يمكن أن يكون نوعا وسطا من القصد يسمى بالقصد المحتمل ، لأن القصد بالنسبة للنتيجة واحد فى نوعه ، ولا يوجد إلا إذا ثبت يقينا اتجاه الإرادة إلى هذه النتيجة . فإذا لم يثبت ذلك انتفى وجود القصد ، بحيث لا يكون بين القصد وعدم

---

(١) محمود مصطفى « شرح قانون العقوبات » القسم العام رقم ٢٩٧ ص ٣٩٧ ، ص ٣٩٨ ؛ السعيد مصطفى « الأحكام العامة فى قانون العقوبات » ص ٣٩٢ ، ص ٣٩٣ وما بعدها ؛ على بدوى « الأحكام العامة فى القانون الجنائى » سنة ١٩٣٨ ص ٣٥٨ وما بعدها ؛ القللى « المسئولية الجنائية » ص ١٨٧ وما بعدها

(٢) نقض ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة س ١١ رقم ٤٢ ص ٨١٨ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ١٣٥ ص ١٦٨ .

القصد ، مجال للكلام عن قصد محتمل ، ونحن فى ميدان خطير هو ميدان الجرائم والعقوبات ، لا يساءل المرء فيه على أساس المظنة ، لأن الحدود فيه تدرأ بالشبهات ، إما قصد إذن وإما عدم قصد .

وتتفرع عن ذلك ضرورة وضع معيار للتمييز بين القصد وعدم القصد . ولوضع هذا المعيار نقول إن توقع نتيجة ما ، ليس معناه الرغبة فيها أو اتجاه الإرادة إليها . فليس القصد بالنسبة لنتيجة ما هو مجرد توقع هذه النتيجة . فالتوقع المجرد ينتمى إلى دائرة التخيل ، بينما القصد ينتمى إلى دائرة النية . حقيقة إن تخيل أمر ما ، خطوة أولية لابد منها قبل الرغبة فيه . غير أنه وإن كان صحيحا ألا يرغب المرء فى أمر دون أن يتمثله فى مخيلته ، فإنه من الصحيح أن يتمثل أو يتخيل أمراً ما دون أن يرغب فيه .

قلنا إن الباعث للمرء على مسلك ما ، هو تحقيق الغرض الذى له فى هذا المسلك ، لأن الباعث هو الصورة الذهنية للغرض . فلا تكون نتيجة الفعل مقصودة إلا إذا كانت غرضا للفاعل ، بأن كان تحقيقها هو باعث الفاعل على الفعل ، أو كانت على الأقل تؤيدها إرادة الفاعل . وفى تعبير أدق نقول إن توقع النتيجة لا ينتقل من دائرة التخيل إلى دائرة النية ، إلا إذا كان تحقيقها هو محرك القرار الإرادى الذى وقعت تنفيذاً له ، أو كانت فى القليل مؤيدة من هذا القرار . فالقطع بتأييد الإرادة للنتيجة هو فيصل التفرقة — فى نظرنا — ما هو مقصود وما هو غير مقصود ، أى معيار التمييز بين القصد وبين الإهمال أو عدم الاحتياط .

على أنه ليس من اليسير دائما القطع بتأييد الإرادة للنتيجة . فلا توجد إلا حالة واحدة يقطع بتوافر هذا التأييد فيها ، وهى الحالة التى يكون موقف الإرادة فيها من النتيجة المتوقعة هو الرضى بها والسعى إليها ، بحيث تقوم بين توقع النتيجة وبين إرادة الفعل الذى أحدثها ، صلة السبب بالمسبب . عندئذ لا تقوم شبهة فى أن توقع النتيجة كان الباعث على القرار الإرادى ،

أى كان تحقيقها هو الغرض من هذا القرار ، وتتوافر أقوى صورة يمكن القول فيها بأن الإرادة تؤيد النتيجة . ومن قبيل هذه الحالة أن يقرر شخص القضاء على خصمه فيطلق عليه عيارا ناريا يصرعه ، متوقعا هذا القتل كنتيجة وقاصدا إياها بالذات .

وعلى العكس فإن هناك حالة أخرى يقطع فيها بانتفاء تأييد الإرادة للنتيجة ، وهى حالة أن تكون النتيجة المتوقعة غير مرغوب فيها . عندئذ لا يمكن القول بأنها مقصودة ، لأن بينها وبين الرغبة أو الأرادة صلة تباعد وتنافر لا صلة تقارب وتطابق . فمن يقود سيارة فى طريق مزدحم بسرعة كبيرة وبحالة ينجم عنها الخطر ، متوقعا أن تصدم إنسانا وتجرحه ، ولكنه يعتمد على مهارته ويبذل منتهى وسعه لتفادى هذه النتيجة ، فتقع رغم ذلك ، لا يمكن القول برغبته فيها وقد كان راغبا عنها ، أو باتجاه إرادته إليها ، وقد كانت إرادته على العكس متجهة إلى تفاديها . ومن ثم يساءل عن النتيجة عندئذ لا على أساس القصد بل على أساس الخطأ .

يخلص من ذلك إذن ، أن صعوبة البت فى تأييد الإرادة للنتيجة أو عدم تأييدها لها ، لا تنشأ حيث يكون موقف الإرادة من النتيجة هو الرضى بها والسعى إليها ، أو حيث يكون موقفها منها هو الهرب منها والسعى إلى تفاديها . ففى الحالة الأولى تكون النتيجة المتوقعة مقصودة ، وفى الحالة الثانية تكون غير مقصودة . وإنما تنشأ تلك الصعوبة فى الأحوال التى يكون موقف الإرادة فيها من النتيجة المتوقعة ، هو موقف التغاضى وعدم الاكتراث .

وإن تذليل هذه الصعوبة لا يتأتى – فى رأينا – إلا بالنظر إلى درجة توقع النتيجة ، للبت فيما إذا كان الفاعل حين توقعها قد تخيل أنها محققة مؤكدة ، أو أن وقوعها قوى الاحتمال ، أو محتمل أو ضعيف الاحتمال . فالفاعل يرى النتيجة مؤكدة الوقوع يقينا ، حين تبدو له الظروف جميعها ملائمة لتحقيق هذه النتيجة ومؤدية إليها . ويرى وقوع النتيجة قوى الاحتمال

حين تطغى فى نظره الظروف الميسرة لتحقيقها على الظروف الحائلة دونه . ويرى النتيجة محتملة حين تتساوى الظروف الميسرة لتحقيقها بالظروف الحائلة ، ويراها ضعيفة الاحتمال حين تغلب فى نظره الظروف العائقة على الظروف الميسرة . ولبيان هذا التدرج فى مدى التوقع ، نضرب الأمثلة الآتية :

فمن قبيل توقع النتيجة على أنها مؤكدة ، أن يصوب شخص بندقية إلى زهرة تعلقها فتاة وسط صدرها ، ولكى يثبت مهارته فى إحكام الرماية وإصابة الهدف ، يطلق النار على هذه الزهرة فيصرع الفتاة . أو أن يغرق شخص باخرة عليها ركاب كثيرون فى موضع لا يمكن إنقاذهم فيه ، وذلك بغية الحصول على مبلغ تأمين عليها ، فتغرق الباخرة ويموت كذلك ركابها رغم إنعدام مصلحته فى موتهم[1].

ومن قبيل توقع نتيجة احتمال تحققها قوى ، أن يدفن فوضوى قنبلة فى ميدان فسيح قاصدا بانفجارها إلقاء الرعب بين الناس ، فتنفجر وتحدث كذلك وفاة شخص أو أكثر . فواضع القنبلة هنا يتوقع وفاة شخص ما بانفجارها ، ولكنه لا يرى النتيجة مؤكدة بل قوية الاحتمال ، لإمكان ألا يصاب أحد ما من انفجار القنبلة[2]. ومن قبيل ذلك أيضا أن يضع زيد مادة سامة فى طعام بكر ، مع علمه أن خالدا يشاطر بكرا المعيشة فى نفس المسكن ، ويتناول معه الطعام دائما [3] . فاشتراك خالد مع بكر فى تناول الطعام السام نتيجة يتوقعها زيد ويرى تحققها قوى الاحتمال لا مؤكدا ، لإمكان أن يخالف خالد عند تناول ذلك الطعام بالذات ، عادته فى مؤاكلة بكر ، فيأكل خارج المسكن أو يتناول فى المسكن طعاما آخر .

---

(١) Altavilla. op. cit. p. 106.

(٢) F. Antolisoi "Manuale di diritto penale" 1949. p. 189.

(٣) ذكر هذا المثال أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى فى القسم العام ص ٣٩٨

ومن قبيل توقع نتيجة محتملة ، أن يكون خالد فى المثال الأخير غير معتاد على تناول الطعام مع بكر يوميا وإنما يوما دون يوم .

أما توقع النتيجة على أنها ضعيفة الاحتمال فيكون إذا كان خالد فى المثال عينه غير معتاد مطلقا على تناول الطعام مع بكر ، وإن كان يؤاكل بكرا فى بعض الأحيان .

الآن وقد وضح لنا كيف يتدرج توقع النتيجة من الاحتمال الضعيف إلى الاحتمال ثم إلى الاحتمال القوى فاليقين ، يسهل علينا بيان متى تكون النتيجة المتوقعة مقصودة ومتى تكون غير مقصودة . فحيث يتوقع الفاعل النتيجة على أنها مؤكدة ، ولا يمنعه هذا التوقع من اتيان الفعل الذى أحدثها لا تقوم شبهة فى اتجاه إرادته إليها [1]. كما لا تقوم هذه الشبهة حين يرى الفاعل أن احتمال وقوع النتيجة قوى فتتحقق بالفعل [2]. أما إذا بدا وقوع النتيجة فى نظر الفاعل ضعيف الاحتمال ، بأن كانت الظروف الحائلة دونها أقوى وأغلب من الظروف الميسرة لها ، أو محتملا بأن كانت الظروف المانعة متساوية مع الظروف المواتية ، فلا يمكن القول ، إذا تحققت ، بانصراف إرادته إليها ، إذ يتبين عندئذ أنه رغم تحققها ، لم يكن الفاعل مستيقنا من وقوعها ، أو لم يكن فى القليل قوى الاعتقاد بهذا الوقوع حتى ينسب إليه أنه أرادها . فى هذه الحالة إذن ، يعد الفاعل مسئولا عن النتيجة لا على أساس أنه قصدها ، بل على أساس الإهمال وعدم الاحتياط . غاية الأمر يمكن اعتبار توقع النتيجة بمثابة ظرف مشدد لمسئوليته عن الجريمة غير العمدية . فالمهمل الذى رغم توقعه للنتيجة بالفعل لا يعمل على تفاديها ، أشد خطراً فى معنى الإهمال ، من آخر أحدث النتيجة دون

---

(1) Altavilla. op. cit, p. 106. Manzini, op. cit. I 1950. p. 709, 710. Pannain. op. eit. p, 321.

(2) Manzini op. cit. p. 709, 710. Antolisei. op. cit. p. 189, 190.

يتوقعها . وهذا المنطق هو الذى يفسر لنا نص المادة ٣/٦١ من قانون العقوبات الإيطالى ، وقد قضت بأن توقع النتيجة ظرف مشدد للخطأ غير العمدى Colpa con Previsione .

وإذا كان التشريع الإيطالى قد نبذ نظرية القصد الاحتمالى[1]، على اعتبار أن القانون الجنائى لا يعرف إلا القصد وعدم القصد ، وأنه لا وسط فى نظره بين الأمرين ، فهل يتفق مذهبه هذا مع القانون المصرى ؟

ليس فى قانون العقوبات المصرى أى نص يحول دون إقرار ما انتهى إليه المشرع الإيطالى . فتوقع النتيجة — حتى فى القانون المصرى — لا يكفى للقول بأنها مقصودة ، إذا ما توقعها الفاعل على أنها ضعيفة الاحتمال أو محتملة ، لا قوية الاحتمال أو مؤكدة . بل لعل فى النصوص المصرية ما يؤيد وجود نوع من الخطأ غير العمدى مع توقع النتيجة . فقد يستفاد وجود هذا النوع فيها من عبارة « عدم التوقى » الوارد ذكرها ضمن صور الخطأ غير العمدى فى جريمة القتل خطأ (م ٢٣٨) . ذلك لأن عدم التوقى يفيد معنى توقع النتيجة وعدم تلافيها رغم ذلك .

ثم إن محكمة النقض المصرية قد أيدت ذلك النظر فى حكمها سالف الذكر الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، إذ نفت فى هذا الحكم التسليم بأن النتيجة متعمدة لمجرد كونها متوقعة .

وكانت وقائع القضية تنحصر فى أن شخصاً عزم على قتل أخته « هانم » نظرا لسوء سيرها ، فوضع زرنيخا فى قطعة حلوى ، ثم انتهز فرصة وجودها معه فى الحقل فأعطاها الحلوى لتأكلها ، فاستبقتها معها وعادت الى المنزل وفى الصباح عثرت ابنة عمها « ندا » على تلك الحلوى فأكلت منها جزءا ، وسألت « هانم » عنها فأخبرتها هذه أن أخاها أعطاها لها كما عرضت عليها

---

(١) Altavilta. op. cit. p. 108.

أن تأخذها لتأكلها هى وأختها الطفلة « فهيمه » وبعد ذلك أكلت منها « فهيمه » أيضاً ، وما لبث أن ظهرت أعراض التسميم على البنتين فماتت « فهيمه » وشفيت « ندا » . وقد اتهم ذلك الشخص بقتل « فهيمه » عمدا وبالشروع فى قتل « ندا » ، ولكن محكمة الجنايات برأته من التهمتين ، وأقرتها محكمة النقض على ذلك . وبالرغم أن ما ذهبت اليه محكمة النقض سديد قانونا ، لا نقر هذه المحكمة فى تسليمها بوجود القصد الاحتمالى وتعريفها له بتلك الصيغة التى قدمنا ذكرها . ففضلا عما جاء فى هذه الصيغة من تناقض مرجعه القول فيها عن الغرض بأنه فى آن واحد مقصود احتمالا وغير مقصود ، فان القصد الجنائى كما قلنا إما قائم وإما غير قائم ؛ ولا وسط بين القصد وعدم القصد . ولعل ما تسميه المحكمة بالقصد الاحتمالى ، ليس فى حقيقته إلا قصداً أكيداً ، بدليل أنها قالت فى الحكم عينه : « وحيث أن الفصل فى هذا الطعن يقتضى ابتداء معرفة ماهية القصد الاحتمالى ، ذلك القصد الذى حكمه فى الجرائم العمدية أنه **يساوى القصد الأصيل ويقوم مقامه** فى تكوين ركن العمد » .

يتعين إذن استبعاد نظرية القصد الاحتمالى من فقه القانون الجنائى المصرى ، للقول بأنه لا يوجد إلا قصد أو عدم قصد ، وأنه حيث تكون النتيجة متوقعة ، تعتبر مقصودة إذا بدا وقوعها مؤكداً أو قوى الاحتمال ، وتعتبر غير مقصودة حيث يبدو وقوعها محتملا فحسب أو ضعيف الاحتمال وفى الحالة الأخيرة تشدد المسئولية الجنائية عن النتيجة غير المقصودة ، لأن هذه النتيجة كانت متوقعة . ويملك القاضى المصرى هذا التشديد دون أن يتجاوز فيه الحد الأقصى المقرر أصلا لعقوبة الجريمة غير العمدية . ذلك لأنه لا يوجد فى قانون العقوبات المصرى نص خاص كنص المادتين ٣/٦١ ، ٦٤ من قانون العقوبات الإيطالى وتقضيان بأن التوقع ظرف مشدد للخطأ غير العمدى يرفع بقدر الثلث الحد الأقصى لعقوبة هذا الخطأ .

وهناك أحوال خاصة تلقى فيها على عاتق الفاعل تبعة نتيجة ترتبت على فعله ، رغم أن قصده لم ينصرف إليها ، وذلك فى جرائم تناولتها نصوص خاصة فى القانون ، وتسمى بالجرائم المتعدية قصد المجرم Délits practerintentionnels . ورغم أن الفقه الجنائى المصرى قد جرى على اعتبار النصوص الخاصة بهذه الجرائم من قبيل التطبيقات التشريعية لنظرية القصد الاحتمالى[1] ، إلا أننا لا نرى فيها تطبيقات لهذه النظرية .

وللتدليل على رأينا هذا ، نكتفى بذكر مثال من أمثلة تلك الجرائم وهو ما تنص عليه المادة ٢٥٧ ع ، إذ تعاقب بالإعدام مرتكب الحريق العمد إذا ترتب على الحريق موت شخص أو أكثر كان موجوداً فى الأماكن المحرقة وقت اشتعال النار ، فى حين أن العقوبة الأصلية لهذا الحريق هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن على حسب الأحوال . فموت إنسان فى الحريق نتيجة يسأل عنها مرتكب الحريق ويستحق عنها عقوبة أشد هى عقوبة الإعدام ، ولو لم يكن قد توقع هذه النتيجة ، إذ لا يتطلب النص أن تكون متوقعة ، ويكتفى بأن تترتب على الحريق فحسب . ومن ثم لا يمكن القول بأن هذا مثال لنتيجة مقصودة قصداً احتمالياً ، ما دام الجانى يسأل عنها ولو لم يتوقعها ، أى ولو لم تكن مقصودة إطلاقاً . وتكون علة تشديد العقاب على النتيجة المذكورة ، ولو لم تكن مقصودة ، بل ولو لم تكن متوقعة ، هى كون الفعل الذى يفضى إليها يتضمن خطرها لجسامته فى ذاته ، ولهذه الخطورة فيه ، كان يجب على مرتكبه أن يتوقع ترتب النتيجة عليه ، الأمر الذى يتطلب مسئوليته عنها فى جميع الأحوال . ومفاد ذلك ، أن المسئولية المشددة عندئذ تقوم فى نظر المشرع على مزيج من عمد وإهمال معا ، من خطأ عمدى وخطأ غير عمدى فى آن واحد[2] ؛

---

(١) هذا الذى ذهب اليه الفقه لا يقره مع ذلك الأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى أنظر « شرح قانون العقوبات » القسم العام سنة ١٩٥٤ رقم ٢٩٧ ص ٢٩٩

(٢) Donnedieu De Vabres. op. cit. p. 113. not 1. Ramsès Behnam "La responsabilité sans faute en droit privé et public" 1953. p. 200—202.

إذ يمكن أن تعزى فيها النتيجة المقصودة إلى الخطأ العمدى ، بينما تلسب النتيجة التى تجاوزت القصد إلى خطأ غير عمدى .

ويصدق هذا فى كل الجرائم الأخرى التى يرد ذكرها عادة فى كتب الفقه كأمثلة للجرائم المتعدية قصد المجرم ، كما فى تعريض وسائل النقل للخطر عمداً ، إذا نشأ عن ذلك موت شخص ، إذ تكون العقوبة عندئذ الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة (م ١٦٨ ع) ، بدلا من الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن (م ١٦٧ ع) ، وكما فى أمر الموظف بتعذيب متهم لحمله على الاعتراف إذا مات المتهم بفعل التعذيب ، إذ تكون عقوبة الموظف عندئذ هى عقوبة القتل العمد ، بدلا من الأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر (م ١٢٦ ع) ، وكما فى تعريض طفل للخطر لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة وتركه فى محل خال من الآدميين ، إذا تسبب عن ذلك موت الطفل ، إذ تكون العقوبة عندئذ هى عقوبة القتل عمداً ، بدلا من الحبس مدة لا تزيد عن سنتين (م ١٨٦ ع) ، وكما فى مسئولية الشريك عن الجريمة التى وقعت ، ولو كانت غير التى قصد ارتكابها ، متى كانت نتيجة محتملة لاشتراكه (م ٤٣ ع) ، وكما فى الضرب المفضى إلى موت ، لأن حدوث الموت منه يتجاوز قصد الضارب ويوجب عقابه مع ذلك بعقوبة أشد من عقوبة الضرب (م ٢٣٦ ع) .

فى كل هذه الأمثلة ، تعتبر النتيجة المتجاوزة للقصد ، سبباً لتشديد المسئولية لأنها ترجع إلى امتزاج القصد بإهمال يزيد من خطورته إلى حد يبرر الزيادة فى العقوبة .

أساس المسئولية عن هذه النتيجة ، هو إذن إهمال لا قصد . ولو كان هذا الأساس قصداً احتمالياً كما يقال ، لما كان للمسئولية محل حيث ينتفى القصد قطعاً لكون الفاعل لم يتوقع النتيجة . أما وللمسئولية محلها حتى فى هذه الحالة ، لعموم النصوص وإطلاقها ، فلا شبهة إذن

فى أن المسئولية عن النتيجة المتجاوزة للقصد ، تقوم على إهمال لا على قصد . ولا يتغير أساسها حين يتوقع الجانى هذه النتيجة معتقداً أن تحققها محتمل أو ضعيف الاحتمال ؛ إذ لا يكفى هذا التوقع — كما قلنا — لتحويل الإهمال إلى عمد . أما حيث يتوقعها الجانى معتقداً أن تحققها مؤكد أو قوى الاحتمال ، فنكون بصدد قصد جنائى بالمعنى الصحيح ، لا بصدد قصد احتمالى أو نتيجة تجاوزت القصد ، ولا يكون هناك محل لتطبيق النصوص السالف ذكرها ، لأنها وضعت خصيصاً لتنظيم المسئولية عن نتائج تتعدى قصد المجرم ، أى نتائج غير مقصودة .

فلو أن مرتكب الحريق العمد فى المثال الذى بدأنا بذكره ، توقع موت شخص فى الأماكن المحترقة ، وكان يعتقد أن هذا الموت مؤكد أو قوى الاحتمال ، فإنه يعتبر مرتكبا لحريق عمد ولقتل عمد ، بحيث لا يكون هناك محل لتطبيق المادة ٢٥٧ الخاصة بالحريق المفضى إلى الموت . قصارى القول إذن أنه من الخطأ اعتبار النصوص التى تعاقب على الجرائم المتعدية قصد المجرم ، بمثابة تطبيقات قانونية لنظرية القصد الاحتمالى .

* * *

٩ — تناولنا فيما تقدم الدور الذى تلعبه فكرة القصد ، وفكرة الغرض والغاية ، فى النظرية العامة للجريمة ، والآن نبحث الدور الذى لهاتين الفكرتين فى النظرية العامة للعقاب . غير أنه لما كان أثرهما على العقوبة لا يعدو أن يكون صدى لأثرهما فى وحدة الجريمة أو تعددها ، فإنه يتعين البدء ببيان متى تكون الجريمة واحدة ومتى تتعدد الجرائم .

من البديهى أن نشاط الإنسان فى سبيل بلوغ أغراضه وغاياته ، لا يتعدى الحركات العضلية الإيجابية أو السكنات الجسمية السلبية . غير أن الحركة العضلية الواحدة قد تكون لها عدة نتائج ، مثل إلقاء قنبلة على جمع من الناس فتقتل بانفجارها شخصين أو أكثر . والنتيجة الواحدة قد تتطلب

عدة حركات عضلية مثل قتل شخص ما ، بطعنه أكثر من مرة فى مواضع قاتلة . فهل تتعدد الجرائم فى الحالة الأولى بتعدد النتائج وفى الحالة الثانية بتعدد الحركات العضلية ؟

معيار التقدير فى هذا الشأن ، لا يتعلق — فى نظرنا — بالجانب المادى للسلوك أكثر من تعلقه بالجانب النفسى فيه . فكل نشاط مادى يقابله نشاط نفسانى سابق عليه أو معاصر له . وهذا النشاط النفسانى هو الذى تتكيف الأفعال والنتائج على ضوئه من حيث تكوينها لجريمة واحدة أو لعدة جرائم .

فتكون الجريمة — فى رأينا — واحدة بوحدة النشاط النفسانى الذى أفضى إليها ، أى بوحدة القرار الإرادى الذى وقعت تنفيذاً له . ذلك لأن العقل دائم الفكر والنفس دائبة النشاط ، والإرادة تنعقد على أمور عديدة يتلو الواحد منها الآخر ، والقرارات الإرادية فى مكانها من النفس ، تشبه الومضات التى توهج فى الظلام من حين إلى آخر ، دون أن يخل تتابعها باستقلال الواحدة منها عن الأخرى .

وحين تصدر النفس قراراً إرادياً ليضعه الجسم موضع التنفيذ ، لا بد أن يكون هذا القرار منعقداً على موضوع معين هو الإقدام على أمر أو الإحجام عنه ، ولا بد أن يكون له غرض أى هدف قريب يترتب مباشرة على هذا الإقدام أو الإحجام ، وأن تكون له غاية أى هدف بعيد يراد بلوغه ، وأن يكون له حالة انعقاده على ضرر ، مجنى عليه يصيبه هذا الضرر . فالأركان الأساسية للقرار الإرادى الإجرامى ، هى إذن الموضوع والغرض والمجنى عليه .

ولا شبهة فى وحدة القرار الإرادى وبالتالى فى وحدة الجريمة ، حين ينحصر نشاط الجانى فى حركة عضلية واحدة ، ولو تعدد المجنى عليهم فيها متى كان من شأن هذه الحركة طبقاً لمجرى الأمور الطبيعى ، أن تصيب

بأذاها أكثر من شخص ، كما فى المثال الذى ذكرناه آنفاً عن إلقاء القنبلة . فالجريمة فى هذا المثال واحدة ، رغم أن المجنى عليهم فيها عديدون ، لأنها تنفيذ لقرار إرادى واحد ، أى أنها صدرت عن لمحة فكرية واحدة [1] .

وإنما تنشأ صعوبة القول بوحدة القرار الإدارى أو بتعدده ، حين تصدر عن الجانى حركات عضلية متعددة لا حركة واحدة . فمتى تنسب إليه عندئذ جرائم عدة ، ومتى يعد مرتكباً لجريمة واحدة ؟

تنشأ من الحركات العضلية العديدة فى رأينا جريمة واحدة ، حين تكون تنفيذاً لقرار إرادى واحد ، أى حين تقوم على لمحة فكرية واحدة . ولكى تكون كذلك ، يجب أن تحقق غرضاً واحداً ، وألا يقع بينها فاصل من الزمن يحول دون اعتبارها مراحل تنفيذية لذات اللمحة الفكرية ، وأن تصيب ذات المجنى عليه . فتعدد الأغراض يقابله بالطبع تعدد فى اللمحات الفكرية راجع إلى أن كل غرض منها تمثل فى لمحة . وتباعد الحركات زمناً ولو كانت تحقق غرضاً واحداً ، يدل على أن كل حركة اقتضت كى تتجه الإرادة إليها ، لمحة فكرية متميزة عن اللمحة التى اقتضتها غيرها ، ومن ثم لا تضم كلا منها إلى الأخرى ذات اللمحة . وأخيراً فإن الحركات العضلية التى تحقق ذات الغرض وتتتابع بغير فاصل زمنى ، لا تعد مع ذلك قائمة على ذات اللمحة الفكرية ، حين تصيب على التعاقب مجنياً عليهم عديدين ، لأن كلا من هؤلاء تطلب بالطبع لمحة فكرية متميزة عن تلك التى تطلبها الآخر .

فحالة اختلاف الأغراض التى تحققها الحركات العضلية ، وحالة تباعد هذه الحركات زمناً ولو مع وحدة الغرض ، وحالة اختلاف المجنى عليهم

(١) ومع ذلك يعتبر القانون الإيطالى الجريمة متعددة فى هذه الحالة بتعدد المجنى عليهم رغم وحدة الفعل ، ويوجب أن تتعدد العقوبة بتعدد الجريمة. Antoisei. op. cit. p. 270
أنظر كذلك م ٨١ ع إيطالى .

فيها ولو مع وحدة الغرض منها والتتابع الزمنى بينها ، لا تكون بصدد لمحة فكرية واحدة ، بل لمحات تتعدد فى الفكر بتعدد الأغراض أو الحركات أو المجنى عليهم ، لأن كل من هذه الأغراض أو الحركات أو هؤلاء المجنى عليهم ، يقتضى لمحة مستقلة ، وعندئذ لا توجد لمحة واحدة يقوم عليها قرار إرادى واحد ، وإنما تتعدد القرارات الإرادية بتعدد اللمحات الفكرية المؤسسة لها .

ولنقل بعبارة أخرى أنه مادام القرار الإرادى الإجرامى — كما بينا — يقوم على موضوع وغرض ومجنى عليه ، وما دامت وحدة القرار الإرادى هى التى تجعل من الحركات العضلية المتعددة جريمة واحدة ، فإن هذه الحركات إذن تنشىء جريمة واحدة حين تكون ذات الموضوع ، وتحقق ذات الغرض ، وتصيب ذات المجنى عليه . وتكوينها لذات الموضوع ، معناه تتابعها زمناً على نحو يجعل منها تنفيذاً لذات اللمحة الفكرية أو الذهنية .

ولإيضاح ذلك ، نضرب مثالا بجريمة القتل التى ترتكب بطعن المجنى عليه أكثر من مرة فى مواضع قاتلة . فتعدد الطعنات لا يحقق جرائم جرح متعددة بل جريمة واحدة هى القتل ، لأن هذه الطعنات تهدف إلى غرض واحد هو إزهاق الروح ، وتتتابع زمناً على نحو يجعل منها مراحل تنفيذية لذات اللمحة الفكرية ، وتصيب أخيراً مجنياً عليه واحداً ، ومن ثم تقوم على قرار إرادى واحد ، أى على لمحة فكرية واحدة . وكذلك الحال حين تتوالى الطعنات بقصد المساس بسلامة المجنى عليه لا بقصد إزهاق روحه . فإن توالبها دون فاصل زمنى محسوس بينها ، يجعل منها جريمة جرح لا جرائم متعددة .

أما حين تتباعد الطعنات فى الفاصل الزمنى بينها ، بأن يطعن الجانى المجنى عليه مرات يفصل الواحدة منها عن الأخرى يومان مثلا ، فإننا نكون بصدد جرائم جرح متعددة لا جريمة واحدة ، إذ يتضح أن الطعنات

لاتقابلها لمحة فكرية واحدة ، وإنما نشأت فكرة كل طعنة فى الوقت الذى وقعت هذه فيه، ما لم تكن الطعنات جميعها داخلة فى قصد الجانى منذ اتجاه إرادته إلى الطعنة الأولى منها، بحيث تعتبر الطعنات اللاحقة رغم الفاصل الزمنى المحسوس بينها وبين الأولى بمثابة مراحل تنفيذية للمحة فكرية واحدة ، أو خطوات محققة لقرار إرادى واحد ، فعندئذ تتكون منها جريمة واحدة لاعدة جرائم .

ويصدق هذا أيضا على حالات أخرى غير الضرب أو الجرح كحالة السرقة . فإذا تعددت وقائع الاختلاس من مال شخص معين ، وكان بين الواحدة منها والأخرى فاصل زمنى ما ، فإنها تكون جريمة سرقة واحدة أو جرائم سرقات عديدة ، تبعا لكونها تنفيذاً للمحة فكرية واحدة أو للمحات متعاقبة . فإذا كانت إرادة السارق قد اتجهت منذ انعقادها على السرقة ، إلى إتيان جميع أفعال الاختلاس التى وقعت ، فإن هذه الأفعال رغم تعددها تعتبر عندئذ دفعات تنفيذية لقرار إرادى واحد ومن ثم تنشأ منها سرقة واحدة كبيرة منفذة على عدة دفعات . أما إذا كانت إرادة السارق قد انصرفت وقت انعقادها على السرقة ، إلى إتيان فعل إختلاس واحد ، ولم تطرأ فكرة الفعل الثانى إلا فى وقت لاحق ، بحيث يعد القرار الإرادى المترتب عليها جديدا بالنسبة لسابقه ، فلا نكون بصدد جريمة سرقة واحدة بل أكثر من جريمة . وإن الجريمة الواحدة التى تنشأ من تعدد الحركات العضلية المتجانسة تنفيذاً لذات اللمحة الفكرية أى لذات القرار الإرادى ، يطلق عليها اسم الجريمة المتتابعة [1].

---

(١) م ٢١٨ اجراءات جنائية ، أنظر نقض ٦ مارس ١٩٥١ مجموعة محكمة النقض س ٢ رقم ٢٨٠ ص ٧٤١ ، وإن اعتبار الافعال المتعددة مكونة لجريمة واحدة متتابعة ، تترتب عليه آثار عملية هامة ، اذ تبدأ مدة التقادم عندئذ من آخر فعل ، ويسرى القانون الجديد على ما يكون من تلك الأفعال واقعاً بعد صدوره ، كما أن المحاكمة عن بعضها تمنع اعادة المحاكمة من جديد عما ينكشف منها فيما بعد ، محمود محمود مصطفى القسم العام ص ٢٣٩ ، ص ٢٤٠ ؛ السعيد مصطفى ، المؤلف السالف ذكره ص ٦٥ .

وإذا كان تباعد الحركات العضلية فى الزمن ، حتى عند تجانسها واتحادها فى النوع ، دليلا على أن كلا منها كانت محل لمحة فكرية مستقلة ، أى لم تكن جميعها مكونة لذات الموضوع فى قرار إرادى واحد فإن اختلاف الحركات العضلية فى الغرض الذى يسعى إليه الفاعل فى كل منها ، يحول كذلك دون اعتبارها جميعا منفذة لقرار إرادى واحد ، وبالتالى مكونة لجريمة واحدة ، ولو كانت متعاقبة دون فاصل زمنى محسوس بينها ، ولو كانت كذلك واقعة على ذات المجنى عليه . فمن يحدث بخصم له جرحا ، وبعد ذلك بقليل يختلس على غفلة منه حافظة نقوده ، وبعد وقت آخر قصير يتفوه ضده بسباب علنى ، يرتكب ثلاث جرائم لا جريمة واحدة ، لأن أفعاله الثلاثة رغم تعاقبها زمناً على ذات المجنى عليه ، يغاير كل منها الآخر من حيث الغرض . فالغرض من الفعل الأول هو المساس بسلامة المجنى عليه ، والغرض من الفعل الثانى هو إضافة مال المجنى عليه إلى ملك الفاعل . والغرض من الفعل الثالث هو إيذاء شرف المجنى عليه وسمعته . وما دامت هذه الأفعال متغايرة فى الغرض منها ، فلا يمكن بطبيعة الأمور أن يضمها فى ذات اللحظة من النشاط النفسانى قرار إرادى واحد ، لأن كل غرض تمثل للفاعل فى لمحة فكرية متميزة عن تلك التى تمثل فيها الغرض الآخر ، ومن ثم تتوافر فى ذلك المثال ثلاثة قرارات إرادية لا قرار واحد ، وتتحقق فيه بالتالى جرائم ثلاث لا جريمة واحدة .

وأخيرا فإن الحركات العضلية الواحدة لا تكون تنفيذاً لقرار إرادى واحد ، حين يكون المجنى عليهم فيها عديدين ، ولو كانت محققة لغرض واحد ومتعاقبة دون فاصل زمنى محسوس بينها . فمن ينهال بالضرب أو الطعن على عدة أفراد الواحد تلو الآخر ، تتعدد جرائم الضرب أو الجرح من جانبه بتعدد المجنى عليهم ، لأن أفعاله رغم تتابعها زمنا وتحقيقها لذات الغرض وهو المساس بسلامة جسم الغير ، لا يمكن أن تعزى إلى قرار إرادى واحد ،

لكون كل مجنى عليه قد اقتضى بمفرده لمحة فكرية اتجهت إليه غير اللمحة التى تناولت الآخر ، ومن ثم قرارا إراديا مستقلا ، الأمر الذى تتعدد معه الجرائم بتعدد القرارات الإرادية .

خلاصة ما تقدم إذن ، أن العبرة فى وحدة الجريمة ، هى بوحدة القرار الإرادى أو بوحدة اللمحة الفكرية التى صدرت عنها الإرادة . فاذا تعددت الحركات العضلية لا تنشأ منها جريمة واحدة إلا إذا كانت منفذة لذات القرار الإرادى ، بتعاقبها فى الوقت دون فاصل زمنى محسوس ، وتحقيقها لذات الغرض ، ووقوعها على ذات المجنى عليه .

١٠ — الآن وقد بينا الدور الذى تلعبه فكرة الغرض فى وحدة الجريمة وتعددها ، ننتقل إلى بيان أثر آخر للغرض على العقوبة ، يبدو من ناحية التماثل الذى يقع بين الجرائم وتتوافر به إحدى حالات العود كظرف مشدد للعقاب ، وأثر للغاية يبدو من ناحية المدى الذى يصل إليه تعدد العقوبات بتعدد الجرائم .

أما عن التماثل فيتحقق حين تختلف الجرائم فى النوع وتتحد مع ذلك فى الغرض . وللتماثل بهذا المعنى أهميته فى تحقيق نوع خاص من العود نص عليه القانون لتشديد العقوبة ، وذلك فى الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون العقوبات . فهذه الفقرة مقتضاها أنه يعتبر عائدا من حكم عليه لجناية أو جنحة بالحبس مدة أقل من سنة واحدة أو بالغرامة ، ويثبت أنه ارتكب جنحة مماثلة للجريمة الأولى قبل مضى خمس سنين من تاريخ الحكم المذكور ، وأنه تعتبر السرقة والنصب وخيانة الأمانة جنحا متماثلة فى العود ، وكذلك العيب والإهانة والسب والقذف .

وقد استقر الرأى فقها وقضاء ، على أن هذا البيان لم يرد فى المادة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال . فحكم مثلا بأن جريمة اختلاس

الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا مماثلة للسرقة والخيانة الأمانة[1] ويستفاد من قضاء محكمة النقض أن التماثل بين جريمتين لا يكون حقيقيا فحسب، بأن يكون بين سرقة وسرقة ، بل قد يكون حكميا بتماثل الغرض من مقارفة كل من الجريمتين[2].

فالغرض إذن هو الذى يقوم عليه التماثل . ولم يعتبر القانون السرقة والنصب وخيانة الامانة جرائم متماثلة ، إلا لكون الغرض منها واحداً ، وهو إضافة مال الغير إلى ملك الجانى . كما أن وحدة الغرض هى أساس التماثل بين العيب والاهانة والسب والقذف ، لأن النتيجة الفورية للفعل المادى المكون لكل من هذه الجرائم هى واحدة ، وتنحصر فى المساس بسمعة الغير . واعتبرت محكمة النقض اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا ، مماثلا للسرقة أو خيانة الأمانة ، لا لحسب لأن نص المادة ٣٢٣ ع يعتبره فى حكم السرقة ولو كان حاصلا من المالك ، أو لأن نص المادة ٣٤٢ ع يقرر له عقوبة خيانة الأمانة ولوكان المعين حارسا هو المالك ، بل كذلك لأن تبديد المالك الحارس أو غير الحارس لما هو ضمان لدين الغير فى ذمته ، يحقق نتيجة فورية مماثلة لتلك التى تحققها السرقة ، ألا وهى تضييع مال للغير على صاحبه بغية امتلاكه دون حق .

الغرض إذن باعتباره — كما عرفناه — النتيجة الفورية التى يبغيها الفاعل من الفعل المادى المكون للجريمة ، هو الذى يحقق التماثل بين عدة جرائم ولو اختلفت فى الأفعال المادية المكونة لها . ذلك لأن الغرض الواحد قد تتخذ لتحقيقه وسائل مادية متباينة . فمن يكون غرضه إضافة مال الغير إلى ملكه قد يسعى إلى هذا الغرض إما بنيل هذا المال خلسة عن صاحبه أو بدون رضاه ، وإما بنيله منه عن طريق الاحتيال عليه ، وإما بخيانة

(١) نقض ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٢٦٨ ص ٣٤٣.
(٢) نقض ٢٩ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ١٤٦ ص ٢١١

الأمانة التى وضع بها المـال فى حيازته ، فهذه الأفعال المـادية المتباينة ، رغم تـكوينها على التعـاقب للسرقة وللنصب ولخيانة الأمانة ، فإن التباين بينهـا وإن كانت تقابله مغايرة بين الجرائم المرتـكبة ، لا يحول مع ذلك دون اعتبارها جميعاً محققة لغرض واحد وبالتـالى متماثلة .

وإن هذه المناسبة لتتيح لنا فرصة تعزيز ما سبق أن قلناه ، من وجوب التفرقة بين الغرض من جهة باعتباره هدفا قريباً ، وبين الغاية من جهة أخرى باعتبـارها هدفا بعيداً ، فليس أدل على وجوب التمييز بين الغرض والغاية ، من أن الغاية كهدف بعيد قد تـكون محركة لجرائم عدة هى أشد ما تـكون تنافراً فيما بينها ، وعندئذ لا تسوغ وحدة الغـاية منها القول بأن هناك تماثلا بينها . وحدة الغرض إذن لا وحدة الغاية ، هى أساس التماثل فى العود . وينجلى هذا المبدأ بذكر بعض الأمثلة ، فالشخص الذى يريد مثلا الحصول لنفسه على ميراث لاحق له فيه ، قد يرتـكب فى سبيل هذه الغاية جناية قتل ، بأن يقضى على آخر يحجبه فى الميراث ، وقد يرتـكب تزويراً فى وصية ، دون إمكان القول بأن بين القتل والتزوير تمـاثلا ، لأنه وإن كانت تجمع الجريمتين وحدة الغاية ، يفرق بينهما اختلاف الغرض . فهو فى القتل إزهـاق الروح ، وهو فى التزوير تغيير الحقيقة فى محرر ، وفرق بين الأمرين .

ولو أن شخصاً ما فى سبيل إرضاء عشيقته ، ارتـكب جريمتين فى وقتين مختلفين إحداهما جريمة الزنا بهذه العشيقة فى منزل الزوجية ، والأخرى جريمة السرقة بغية سد حاجة للعشيقة نفسها ، فإنه يعد فاعلا لجريمتين لا تمـاثل بينهما وإن كانت تربطها وحدة الغاية . ذلك لأن الغرض من الزنا إشباع الشهوة الجنسية فى غير حلال ، والغرض من السرقة استلاب مال الغير . فإذا ارتـكب ذلك الشخص مثلا جريمة السرقة أولا وحكم عليه فيها نهائياً بالحبس أقل من سنة ، وقبل مضى خمس سنوات من تاريخ هذا الحكم ارتكب جريمة الزنا ، فلا يعد بارتكابه الزنا عائداً طبقاً للفقرة الثالثة من المادة

(٤٩ ع) ، لعدم التماثل بين الزنا والسرقة ، وإن كانت الجريمتان قد ارتكبتا لغاية واحدة ، ومن ثم توقع عليه عقوبة جريمة الزنا دون تشديد .

١١ — الخلاصة إذن أن وحدة الغرض لا وحدة الغاية ، هى أساس التماثل الذى يتطلبه القانون لتشديد العقوبة فى إحدى حالات العود ، أما وحدة الغاية فتظهر أهميتها لا فى تشديد العقوبة تطبيقاً لأحكام العود ، بل فى تطبيق أحكام تعدد العقوبات على ما سنرى فى الارتباط الذى لا يقبل التجزئة .

فتنص المادة (٣٢ ع) فى فقرتها الثانية على أنه « إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد ، وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة ، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة ، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم » . وهنا نوجه النظر مبدئياً إلى أمر هام فى صياغة المادة ، وهو نصها على وقوع عدة جرائم لغرض واحد ، فنقول إن لفظ «الغرض» الوارد فى هذا النص إنما تقصد به « الغاية » لا الغرض . وقد تكون وحدة الغاية مقترنة فى الوقت ذاته بوحدة الغرض ، ولكن ليس من اللازم أن يقع هذا الاقتران دائماً . فقد تربط وحدة الغاية جرائم تختلف فيما بينها من حيث الغرض كما رأينا . ولكن يدق الأمر حين تقترن وحدة الغاية بوحدة الغرض ، فترتكب فى سبيل غاية واحدة جرائم متماثلة فيما بينها حقيقة كسرقات عديدة مثلا . ذلك لأنه من بين الأحوال التى ترتكب فيها جرائم متماثلة حقيقة ، حالة الجريمة المتتابعة وهى جريمة واحدة وليست عدة جرائم . فكيف يمكن التمييز بين هذه الجريمة المتتابعة وهى جريمة واحدة ، وبين المجال الذى ينطبق فيه نص المادة (٣٢ ع) وهى تفترض بصريح نصها وقوع عدة جرائم ؟ للإجابة عن ذلك نقول إن المادة (٣٢ ع) إذ تجعل عدة جرائم فى حكم جريمة واحدة هى أشدها ، تشترط لذلك شرطين هما وحدة الغرض

والارتباط الذى لا يقبل التجزئة . هذان الشرطان إذ يعطيان للجرائم العديدة حكم جريمة واحدة ، لا ينفيان مع ذلك أن وحدة الجريمة عندئذ لا تكون إلا اعتبارية أو حكمية ، وأن الحالة محل النظر خاصة فى الحقيقة بجرائم عدة لا بجريمة واحدة . والمقصود بوحدة الغرض كما قلنا وحدة الغاية . أما الارتباط الذى لا يقبل التجزئة فمعناه انتماء الجرائم المرتكبة إلى مشروع فكرى واحد ، وكونها بمثابة مراحل تنفيذية لهذا المشروع ، بحيث تعتبر الإرادة منعقدة منذ البداية عليه وعليها كخطوات محققة له . على أن المشروع الفكرى الواحد لا ينحصر فى قرار إرادى واحد ، بل إنه يتكون من عدة قرارات إرادية ، لأن تعدد هذه القرارات هو بالذات مايسوغ التعبير بكلمة المشروع . والجريمة المتتابعة كجريمة واحدة حقيقة لا حكما وفعلا لا اعتباراً ، إنما تقوم على وحدة القرار الإرادى ، لا وحدة المشروع الفكرى . والقرار الإرادى فيها واحد ، لأنها وإن كانت تتحلل من الناحية المادية إلى عدة حركات عضلية متجانسة فى النوع ، كعدة اختلاسات مثلا فى جريمة السرقة ، إلا أن هذه الحركات العضلية ، لوحدة الغرض منها ، وتتابعها دون فاصل زمنى كبير فيما بينها ، ووقوعها على مجنى عليه واحد ، تعتبر منتمية إلى لحظة فكرية واحدة وبالتالى إلى قرار إرادى واحد ، ومن أجل ذلك تتكون منها جريمة واحدة . أما حيث تتعدد القرارات الإرادية وتنطوى عليها النفس فى ذات اللحظة الزمنية ، فنكون بصدد مشروع فكرى لا محض قرار إرادى . ومن ثم ففاصل التفرقة بين الجريمة المتتابعة كجريمة واحدة حقيقة ، وبين الجرائم المتعددة التى تتشابه حقيقة لوحدة الغرض بأن تكون كلها سرقات مثلا وتعتبرها المادة (٣٢ / ٢ ع) فى حكم الجريمة الواحدة ، هو أنه بينما ينحصر عدم القابلية للتجزئة بالنسبة للجريمة المتتابعة فى وحدة القرار الإرادى ، نراه فى التعدد المنصوص عليه بالمادة ٢/٣٢ راجعاً إلى وحدة المشروع الفكرى وهو بطبيعته شامل لقرارات إرادية متجمعة معاً فى ذات اللحظة الزمنية . ومعنى ذلك أنه فى حالة تعدد الأفعال المادية المتشابهة تشابهاً حقيقياً كالسرقات مثلا مع ارتباطها بوحدة الغاية

تعتبر جريمة واحدة متتابعة إذا كان مرجعها إلى قرار إرادى واحد، وتعتبر عدة جرائم فى حكم جريمة واحدة هى الأشد، إذا كان مرجعها إلى مشروع فكرى واحد. ويتوافر المشروع الفكرى الواحد فى تلك السرقات مثلا، حين ترد إلى أكثر من قرار إرادى واحد، كأن تقع على مجنى عليهم عديدين، إذ يكون كل من هؤلاء قد تطلب بالطبع قراراً إرادياً خاصاً متميزاً عن القرار الذى تناول غيره، وعندئذ لا تتحقق جريمة واحدة متتابعة، بل جرائم متعددة تعتبر مع ذلك جريمة واحدة حكما ومن حيث العقوبة، لوحدة المشروع الفكرى رغم تعدد القرارات الإرادية المكونة له.

وللشارع حكمته فى اعتبار الجرائم العديدة فى حكم الجريمة الواحدة حالة انتمائها إلى مشروع فكرى واحد. هذه الحكمة هى أن الأفعال المادية لا يتضاعف وجه الخطورة فيها بمجرد تعددها، ما دام يضمها مشروع فكرى واحد نشأ فى لحظة زمنية واحدة، وإنما تكون لهذا التعدد فيها خطورته حين يرجع إلى انعقاد الإرادة على مخالفة القانون فى لحظات زمنية عديدة متباعدة لا فى لحظة واحدة. فمادامت إرادة الفرد قد أجرمت فى لحظة زمنية ما، فإن كونها مركبة شاملة لعدة تفاصيل، لا يمنع من اعتبار ما وقع منها عصياناً واحداً لأمر القانون، ويكون هناك أكثر من عصيان واحد، حين تجرم الإرادة فى لحظتين زمنيتين متغايرتين، أى حين تنتفى وحدة المشروع الفكرى. ولنقل فى تعبير آخر إن التعارض بين إرادة المجرم وإرادة القانون، لا يعتبر متعدداً حالة المشروع الإجرامى الواحد، وإن تعددت تفاصيل هذا المشروع، وإنما يقع هذا التعارض أكثر من مرة، بتعدد المشروع الإجرامى ذاته فى أكثر من وقت واحد. ذلك لأن تعدد المشروع الإجرامى هو الذى يدل على تعدد المجهود الفكرى والنفسانى المضاد للمجتمع[1] وهو الذى يكشف بالتالى عن خطورة فى المجرم تقتضى تكرار عقوبته بتكرار جسارته فى الخروج على القانون.

(١) Altavilla. op. cit. p. 179,180. Frosali "Concorso di norme e concorso di reati," 1937, p. 384, 385

وحدة المشروع الفكرى الإجرامى إذن مع وحدة الغاية ، هما أساس مساءلة المجرم عن جريمة واحدة هى الأشد من بين الجرائم العديدة التى يرتكبها تنفيذاً لذات المشروع . فكما أن وحدة القرار الإرادى تجعل من الحركات العضلية المتعددة جريمة واحدة متتابعة لا أكثر من جريمة ، فإن وحدة المشروع الفكرى تجعل الجرائم المتعددة فى حكم الجريمة الواحدة كذلك ، قياساً من القانون على الجريمة المتتابعة ، لأن عدم القابلية للتجزئة الراجع إلى وحدة المشروع الفكرى ، شبيه بعدم القابلية للتجزئة الراجع إلى وحدة القرار الإرادى ، من حيث الانتماء إلى ذات اللحظة الزمنية فى النشاط النفسانى . ولذا صارت لهما نتيجة عملية واحدة ، من حيث صفة الوحدة أو التعدد التى يضفيانها فى نظر المشرع على العصيان الواقع ضد القانون ، أو بعبارة أدق على العقاب المستحق عن هذا العصيان .

ولا تنتفى الحكمة عينها حتى فى الأحوال الأخرى التى تدخل فى مجال تطبيق المادة ٣٢ / ٢ عقوبات ، أى حين تكون القرارات الإرادية المكونة للمشروع الإجرامى الواحد ، منصبة على جرائم متشابهة تشابها حكمياً لا حقيقياً ، كسرقة ونصب وخيانة أمانة ، واقعة على مجنى عليه واحد أو مجنى عليهم عديدين ، أو حين تكون تلك القرارات منصبة على جرائم غير متشابهة أى متغايرة فى النوع كلية فلا تجتمع فيها مع وحدة الغاية وحدة الغرض كما فى السرقة التى ترتكب فى سبيل زنا ، وذلك سواء وقعت على ذات المجنى عليه أو على أكثر من مجنى عليه واحد . حتى فى هذه الأحوال ، تتوافر كذلك الحكمة التى من أجلها يعاقب المجرم كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة هى أشد الجرائم التى وقعت منه .

واستيفاء لشرح الفقرة الثانية من المادة ٣٢ ع ، نكرر القول بأن المقصود بالغرض الواحد المنصوص عليه فيها هو الغاية الواحدة ، لأن هذه الفقرة تنطبق لتوافر حكمتها حتى فى الأحوال التى ترتكب فيها جرائم متغايرة فى النوع أى مختلفة من حيث الغرض وإن اتحدت فى الغاية ،

كما فى ارتكاب تزوير بالأوراق الرسمية إخفاء لاختلاس وقع فى أموال أميرية ، وكما فى ارتكاب سرقة وزنا فى سبيل العشيقة الخ . . . فالغرض من الاختلاس فى المثال الأول ، هو إضافة مال للغير إلى ملك المختلس ، والغرض من التزوير فيه هو تغيير الحقيقة فى محرر ، ومع ذلك يعد المختلس المزور مرتكباً لجريمتين مرتبطتين بوحدة الغاية وإن اختلفتا فى الغرض ، ويعاقب بعقوبة الجريمة الأشد من بينهما وهى التزوير[1] وهذا ما حملنا على التقرير بأن عبارة « الغرض الواحد » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٢ ع ، المقصود بها هو « الغاية الواحدة » .

وهنا لا تفوتنا الإشارة إلى أن المادة ٨١ من قانون العقوبات الإيطالى ، تتناول كذلك حالة ارتكاب جرائم عديدة تنفيذاً لمشروع إجرامى واحد ، غير أنها تشترط لاعتبار هذه الجرائم فى حكم جريمة واحدة هى الأشد من بينها ، أن تكون جميعها من نوع واحد ، كما تقرر مضاعفة عقوبة هذه الجريمة الأشد إلى الثلث . فالقانون الإيطالى يجعل هو الآخر من وحدة المشروع الفكرى الإجرامى أساسا لاعتبار عدة جرائم بمثابة جريمة واحدة ، ولكنه يتطلب لذلك أن تكون هذه الجرائم من نوع واحد . ومن ثم فهو يعامل الجانى حالة تعدد الجرائم ، معاملة أشد من تلك التى يتيحها له تطبيق المادة ٣٢ / ٢ من قانون العقوبات المصرى ، لأنه من جهة يضيق مجال اعتبار الجرائم العديدة بمثابة جريمة واحدة ، ومن جهة أخرى يقرر حالة اعتبارها كذلك ، عقوبة أشد من تلك التى وضعها المشرع المصرى .

فرغنا من الحديث عن الفقرة الثانية من المادة ٣٢ ع ، ولا نرى بدا من الحديث كذلك عن فقرتها الأولى التى تنص على أنه « إذا كون الفعل الواحد

---

(١) السعيد مصطفى ، المؤلف السابق ذكره ص ٧٦٣ ؛ محمود مصطفى (القسم العام) ص ٥٨٥

جرائم متعددة ، وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها » . نص هذه الفقرة صريح فى انصرافه إلى فعل واحد من الناحية المـادية . ومن ثم تمتاز الفقرة الأولى عن الثانية ، بأنها لاتتناول كهذه حالة تعدد مادى للجرائم ، وإنمـا تنصب بصريح نصها على فعل مادى واحد . وإذ تتوافر فى الفعل الواحد جرائم عدة ، لايرجع تعدد الجرائم فيه إلا إلى تعدد الأوصاف التى ينعت القانون بها هذا الفعل من الوجهة الجنائية بالنظر إلى الظروف التى ارتكب فيها . ومفاد ذلك أنه بينما تعالج الفقرة الثانية تعدداً حقيقيا للجرائم ، تعالج الفقرة الأولى تعدداً صوريا . ومن أمثلة هذا التعدد الصورى هتك العرض بالإكراه فى الطريق العام . فهو فعل مادى واحد تتوافر به مع ذلك أكثر من جريمة واحدة للظروف التى لابسته . فظرف العلانية يجعل منه جنحة فعل علنى فاضح نصت عليها المـادة ٢٧٨ ع ، وظرف الإكراه يجعل منه جناية هتك العرض المنصوص عليها فى المـادة ٢٦٨ ع . وحكم الفقرة الأولى فى هذا المثال ، هو أن يعاقب الفعل حسب الوصف الأشد دون سواه ، وهو هنا هتك العرض بالإكراه .

خلاصة ما قدمناه فى تفسير المـادة ٣٢ع ، أنها تقضى بتوقيع عقوبة جريمة واحدة على الجانى الذى تنسب إليه مع ذلك أكثر من جريمة ، فيسأل هذا الجانى عن الجريمة الأشد دون سواها ، سواء أكان تعدد جرائمه صوريا راجعاً إلى مجرد تعدد الأوصاف المنطبقة على ذات الفعل المـادى ، أو كان تعددها حقيقياً يقابله تعدد واقعى فى الأفعال المـادية وفى الجرائم المرتكبة ، متى كانت هذه الجرائم مرتبطة بوحدة الغاية ، ارتباطاً غير قابل للتجزئة بسبب الانتماء إلى مشروع إجرامى واحد . أما حيث لايتوافر تعدد صورى للجرائم ، ولا تعدد مادى بين جرائم مرتبطة بوحدة الغاية ارتباطاً لايقبل التجزئة ، وإنمـا يتحقق تعدد مادى بين جرائم لاتجمعها وحدة الغاية أو بين جرائم لاتربطها ، على نحو لا يقبل التجزئة ، وحدة المشروع الإجرامى ،

فلا تنطبق لا الفقرة الأولى من المادة ٣٢ ع ولا الفقرة الثانية ، وبالتالى لا توقع عقوبة واحدة هى عقوبة الجريمة الأشد ، وإنما توقع عقوبات متعددة تعدد الجرائم المرتكبة tot crimina, tot poenae.

ولقد أقر القانون الجنائى المصرى مبدأ تعدد العقوبات بتعدد الجرائم فى غير الحالتين المنصوص عليهما بالمادة ٣٢ ع ، إذ نص صراحة على هذا المبدأ فى المواد ٣٣ ، ٢٧ ، ٣٨ ع . ويأخذ بالمبدأ نفسه قانون العقوبات الإيطالى ، وهو السائد أيضا فى الشرائع الأنجلوسكسونيه ، ولم يخرج عليه إلا القانون الجنائى الفرنسى . فقد نصت المادة ٣٥١ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى على أنه حين تنسب إلى الشخص أكثر من جناية أو جنحة واحدة ، لا توقع عليه إلا عقوبة الجريمة الأشد . والقاعدة التى تضعها المادة مطلقة كما نرى ، غير مقيدة لا بوحدة الغاية من الجرائم المرتكبة ، ولا بعدم قابليتها للتجزئة تبعاً لوحدة المشروع الإجرامى الذى وقعت تنفيذاً له . فهى تسرى فى جميع أحوال التعدد [1] . وظاهر أن إطلاق القاعدة على هذا النحو يجعلها محل نقد شديد من ناحية العدالة الجنائية والسياسة التشريعية . فالعدل والصالح الاجتماعى يقتضيان — فى رأينا — أن يؤاخذ الجانى عن كل جريمة ارتكبها ، وأن تتعدد عليه العقوبة بتعدد جرائمه ، مادامت هذه الجرائم غير مرتبطة بوحدة الغاية أو غير داخلة فى تنفيذ مشروع جنائى واحد .

انتهى الآن بياننا للدور الذى تلعبه فكرة الغرض فى وحدة الجريمة وتعددها وبالتالى فى العقوبة من حيث وحدتها وتعددها ، وكذلك بياننا لدور هذه الفكرة نفسها فى تحديد التماثل بين الجرائم وبالتالى فى توقيع عقوبة مشددة للعود فى إحدى حالاته المنصوص عليها ، وبياننا أيضا للدور الذى تلعبه فكرة الغاية فى مدى تعدد العقوبات بتعدد الجرائم .

---

(١) Donnedieu De Vabres. op. cit. p. 463 ets.

١٢ — وقبل اختتام البحث لا يفوتنا ، توخياً للاستيعاب قدر المستطاع ، أن نتناول بالحديث ضرورة التفرقة بين تعدد الجرائم وتعدد الأفعال . فقد تتعدد الأفعال دون أن تتعدد الجريمة . ورأينا مثالا لذلك فى الجريمة المتتابعة ، وفيها تتعدد الحركات العضلية وتعد مع هذا جريمة واحدة لأنها ترجع إلى ذات اللحظة الفكرية وتنفذ قراراً إراديا واحدا . ولكن هناك مثالين آخرين لتعدد الأفعال مع وحدة الجريمة ، أولهما خاص بجريمة الاعتياد ، والآخر خاص بالجريمة التى يطلق عليها فى الفقه الجنائى الإيطالى إسم الجريمة المركبة .

فجريمة الاعتياد تتحقق بعدة أفعال لا يعتبر كل منها بمفرده جريمة ، لأن وصف الجريمة فيها منصب على حالة نفسية هى العادة المستفادة من إتيان هذه الأفعال على وجه التكرار . فهنا لا تتحقق بتكرار الفعل الواحد جرائم عدة بل جريمة واحدة . ومن هذا القبيل جريمة الاعتياد على الاقراض بالربا الفاحش (م ٣٣٩ / ٣ ع) .

أما الجريمة المركبة ، فتنشأ من أفعال كل منها يكون ذاته جريمة لو وقع بمفرده . فهى جريمة قابلة للتجزئة إلى جرائم صغيرة ، ولكونها نشاطا واحدا تنسب الى الجانى كجريمة واحدة كبيرة عوضاً عن مفردات الجرائم التى تدخل فى تكوينها ، حتى لا توقع أكثر من عقوبة على سلوك واحد . فقاتل الغير عمدا ، لابد له من طعن المجنى عليه أو ضربه أو جرحه توصلا إلى إزهاق الروح . فالقاتل يتجزأ نشاطه إلى جرائم صغيرة كالضرب أو الجرح ، ومع ذلك تنسب إليه جريمة واحدة تتكون من مجموع هذه الجرائم الصغيرة ، هى جريمة القتل . وسيان فى ذلك أن يكون قصد إزهاق الروح قد نشأ قبل الطعن أو الجرح أو فى أثنائهما . فى هذا المثال تعتبر الجريمة مركبة بطبيعتها ويمكن تسميتها بالجريمة المتدرجة ، لأن طبيعة الأمور هى التى تقتضى

فيها تدرجا لابد منه فى تحقيق النتيجة الإجرامية المقصودة ، بحيث يتعين قبل الوصول الى النتيجة الجسيمة، المرور على أخرى أقل منها جسامة[1].

على أن الجريمة المركبة قد تكون كذلك لا بطبيعتها بل طبقاً لنص فى القانون يصف بالتفصيل ركنها المادى فيدخل فيه أجزاء لو وقع جزء منها بمفرده لكان فى ذاته جريمة . من هذا القبيل السرقة من مكان مسكون إذ يساءل عنها السارق باعتبارها جريمة واحدة رغم إمكان تجزئتها إلى جريمتين هما السرقة البسيطة (م٣١٨ع) وانتهاك حرمة ملك الغير (م٣٦٩ع) . ذلك لأن القانون جعل من اقتران هذين الجزءين صورة خاصة من النشاط اعتبرها جريمة واحدة ذات عقاب خاص مشدد (م٣١٧/١ع)[2].

وقد رأينا أن التعدد الصورى للجرائم — شأنه فى ذلك شأن الجريمة المركبة — لا يطبق فيه إلا نص قانونى واحد ، رغم أنه من الممكن نظريا أن يطبق فيه أكثر من نص ، ولذا قد يلتبس الأمر فى التفرقة بينه وبين الجريمة المركبة . على أن هذا اللبس لا محل له إذا علمنا — كما يقول الأستاذ العالمى الجليل فيليو جرسبينى — أن الجرائم التى تنحلل إليها الجريمة المركبة ، تعتبر كلها أجزاء مكونة لهذه الجريمة أى عناصر لها ، فى حين أن التعدد الصورى ليست فيه جرائم صغيرة تدخل فى تكوين جريمة كبيرة وتعتبر بالنسبة لهذه الجريمة أجزاء من كل . فبينما يمكن هندسيا تشبيه الجريمة المركبة بدائرة كبيرة تحتضن دائرة أو أكثر أصغر منها ، فإنه يمكن هندسيا تشبيه التعدد الصورى بدائرتين تتداخلان وتتشابكان دون أن يضمهما محيط واحد[3].

---

(١) Antolisei op. cit. p. 280.

(٢) Grispigni "Diritto penale italino" 1947. vol. I. p. 418

(٣) Grispigni. op. cit. p. 416, 418,

ويبين هذا من الرسم الآتى :

جريمة مركبة

(بنص القانون) سرقة من محل مسكون

سرقة

إنتهاك حرمة ملك الغير

(بطبيعتها) قتل

إزهاق الروح

جرح

ضرب

تعدد صورى

اكراه

علانية

فعل علنى فاضح

هتك عرض بالقوة

اعتداء على العرض

ولأن التعدد الصورى لا توجد فيه جريمة تعتبر بأكملها عنصراً داخلا في تكوين جريمة أخرى كما هو الحال فى الجريمة المركبة ، فقد جرت بعض القوانين على معاملته بالشدة واعتباره عدة جرائم تستحق عن كل منها عقوبتها . ومن هذه القوانين قانون العقوبات الإيطالى (م ٨١ / ١) . ولعل الحكمة من هذه الشدة أن الفعل رغم كونه من الناحية المادية واحداً ، تتعدد مع ذلك مغازيه المضادة للقانون . ولكن قانون العقوبات المصرى — كما رأينا — لا يقر هذه الشدة فى معاملة التعدد الصورى للجرائم .

كلمتنا الختامية فى هذا البحث ، أن كلا من القصد والغرض والغاية له أهمية قصوى سواء فى النظرية العامة للجريمة أو فى النظرية العامة للعقاب . فبينما يعتبر الغرض جزءاً من القصد الجنائى ، تظهر أهميته كذلك فيما يسمى بالقصد الاحتمالى ، كما يلعب دوراً هاماً فى وحدة الجريمة وتعددها وبالتالى فى استحقاق عقوبة واحدة أو أكثر من عقوبة . ويبدو أثره كذلك فى تحديد التماثل بين الجرائم بإحدى حالات العود . أما الغاية فقد رأينا أهميتها فيما يسمى بالقصد الجنائى الخاص ، وبان لنا كذلك أثرها فى مدى تعدد القوبة بتعدد الجريمة . وعسى أن يكون التوفيق قد حالفنا فى تحديد المعنى الذى يؤديه كل من ألفاظ القصد والغرض والغاية فى فقه القانون الجنائى .

مناط استئناف النيابة العامة
للأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية

للدكتور حسن المرصفاوى

مقدمة

الحكم الذى يصدر فى الدعوى الجنائية هو فصل فى موضوع جريمة مطروحة على القضاء، باعمال حكم القانون على ما انتهت إليه المحكمة من صحة اسناد الفعل إلى المتهم، أو من انتفاء الدليل المقنع على صدق ذلك الاسناد.

ويعتبر الحكم الصادر فى الدعوى عنوانا للحقيقة ودليلا على صحة ما قضى به، ومع هذا فقد يحتمل أن يلابسه خطأ، إما فى الاسناد أو فى إعمال الحكم الصحيح للقانون، ولذا يوجب المنطق الذى يتسق والعدالة أن يجعل سبيل الوصول إلى الحكم النهائى فى الدعوى من طريق يطمئن معه إلى صحة ما قضى به. ومن بين الوسائل التى تحقق هذا الغرض فتح باب التظلم من الحكم الصادر فى الدعوى، فيطرح الموضوع من جديد على هيئة لها من تشكيلها وخبرتها ما يزيد الاطمئنان إلى كلمة القضاء، وتلك هى حكمة إباحة الطعن بطريق الاستئناف.

بيد أن فتح باب هذا الطعن على مصراعيه كان مثاراً لنقد مرجعه ما قد يسفر عنه من تعطيل الفصل فى الدعاوى الجنائية مع أن سرعة الحكم فيها له أثر كبير فى الردع الذى هو من غايات التشريع الجنائى، فإن أسيء استعمال هذا السبيل، فقد تفوت الحكمة من القانون الجزائى فضلا عن اضاعة وقت القضاء بطرح الموضوع عليه من جديد وهو فى غالب الأحيان ينتهى إلى تأييد الحكم الأول[1].

---

(١) تتجه بعض البلاد إلى إلغاء الطعن بطريق الاستئناف ومنها بولونيا Revue de Science criminelle, 1934, p. 163.

وكان من الطبيعى إزاء الفائدة التى ترجى من الطعن بطريق الاستئناف ، وأخذاً فى الاعتبار ما قد يسفر عنه هذا الطعن من انتقادات ، أن يقوم حل وسط يوفق بين الأمرين فيباح الطعن بطريق الاستئناف كمبدأ عام مع وضع عدة قيود له تمنع من إساءة استعماله .

وقد سلك المشرع المصرى هذا الطريق الأخير ، فأجاز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية ، وإنما أحاط هذا الحق بقيود عدة ، ارتأى أن فيها تحقيقاً للعدالة وجنيا للفائدة المرجوة من هذا الطريق من طرق الطعن . ولقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الاجراءات الجنائية الذى تقدمت به الحكومة « استبقى المشروع نظام الاستئناف جريا على ما عليه الحال فى أغلب التشريعات مراعاة لاعتبارات عملية لا يمكن إغفالها . ولكنه من ناحية أخرى أحاطه بعدة قيود درءا لسوء استعماله ولكيلا يتخذ وسيلة للمماطلة وعرقلة التنفيذ » .

وسنقتصر على الكلام عن مناط حق النيابة العامة فى استئناف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية لنرى ما إذا كانت القواعد التى أتى بها المشرع فى هذا السبيل تحقق الحكمة من تقنينه ، وتوصل إلى العدالة المرجوة .

ويقتضينا هذا تناول الموضوع فى عدة نقاط على الترتيب الآتى :

أولا — التطور التشريعى .

ثانيا — حكم المادة ٢/٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية .

ثالثا — بعض صور تدعو للبحث .

رابعا — الاستئناف للخطأ القانونى .

خامسا — استئناف الجرائم المرتبطة .

وينتهى البحث بخاتمة لرأينا .

ولقد سادت قاعدة إجازة الطعن بطريق الاستئناف مع احاطته بقيود فى التشريع المصرى منذ صدوره فى عام ١٨٨٣ حتى صدور قانون الاجراءات الجنائية بموجب القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ وتعديله بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ ، ويقتضينا الأمر تعرف هذا التطور ومدى الحق الذى منح للنيابة العامة فى هذا السبيل لننتهى إلى بحث ما إذا كان هذا النظام قد حقق الغرض المقصود منه أو أن هناك من المآخذ مايوجب إعادة النظر فى القواعد القائمة لنصل إلى الهدف الذى ابتغاه المشرع .

١ — قانون تحقيق الجنايات الأهلى الصادر سنة ١٨٨٣ :

فرق المشرع فى قانون تحقيق الجنايات الأهلى الصادر فى سنة ١٨٨٣ بين الأحكام التى كانت تصدر فى مواد المخالفات ، وتلك التى كانت تصدر فى مواد الجنح ، فكانت المادة ١٥٠ منه تنص على أنه « يقبل الاستئناف فى الأحكام الصادرة فى المخالفات إذا كانت صادرة بالحبس أو إذا كان طلب الاستئناف مبنيا على خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو تأويلها » وكانت المادة ١٧٤ منه تقرر أنه «يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى مواد الجنح » .

فكان للنيابة العامة وفق النصين سالفى الذكر استئناف الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات والجنح ، ومناطه فى الأولى أن يكون الحكم صادراً بعقوبة الحبس ، أو أن يكون مبناه خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو تأويلها . وأما فى الأخرى ، أى فى مواد الجنح ، فإنه كان يجوز اطلاقا بغير قيد يغل يد النيابة العامة عن استعمال هذا الطريق من طرق الطعن .

وإذن ففى مواد المخالفات إن قضى الحكم بالبراءة أو بالغرامة ولو مع عقوبات تكميلية ولم يشبه فى أى الصورتين خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو تأويلها ، ما كان يجوز للنيابة العامة إستئنافه . ولعل الشارع قد ارتأى

أنه فى حالتى الحكم بالبراءة أو الغرامة لا معنى لشغل وقت القضاء بمثل هذه الجرائم البسيطة بطرح أمرها عليه مرتين ، فهو هنا قد ضيق سبيل الطعن إلا فيما يحقق العدالة حتى لا يوجد ثمة اسراف فى استعمال هذا الحق . ولكنه من ناحية أخرى أطلقه بغير قيود بالنسبة للأحكام الصادرة فى مواد الجنح ، وهو الأمر الذى كان يعتبر محلا للنقد .

٢ — قانون تحقيق الجنايات الأهلى الصادر سنة ١٩٠٤ :

وقد فرق قانون تحقيق الجنايات الأهلى أيضا عند تعديله فى سنة ١٩٠٤ بين حق النيابة العامة فى استئناف الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، وبين الأحكام الصادرة فى مواد الجنح ؛ فنصت المادة ١٥٣ منه على أن « كل حكم صادر فى مخالفة يجوز استئنافه من المحكوم عليه إذا كان مشتملا على عقوبات أخرى غير الغرامة أو التعويضات أو الرد أو المصاريف ، ويجوز استئنافه أيضا من النيابة العمومية إذا طلبت الحكم بتلك العقوبات الأخرى ولم يحكم القاضى بها . وفيما عدا الأحوال السابقة لا يجوز استئناف الحكم من المحكوم عليه أو من النيابة العمومية إلا بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها » . ونصت المادة ١٧٥ منه على أن « الأحكام الصادرة فى مواد الجنح يقبل استئنافها من المحكوم عليه ومن النائب العمومى أو أحد وكلائه » .

فلم يغير هذا القانون القاعدة العامة التى نص عليها سلفه بالنسبة لحق الاستئناف فى مواد الجنح ؛ فجعله عاما ومطلقا من كل قيد ، وإنما غايره بأن جعل مناط استئناف النيابة للأحكام الصادرة فى مواد المخالفات هو طلباتها ، وأن تكون بعقوبة غير الغرامة أو التعويضات أو الرد أو المصاريف ثم لا يحكم بها القاضى[1] . كما أنه جعل مناط استئناف المتهم

---

(١) وقد حكم بأنه إذا كانت العقوبة المنصوص عليها هى الغرامة أو الحبس بطريق الخيار وطلبت النيابة تطبيق المادة المشتملة على هذه العقوبة فتعتبر أنها تركت الخيار للقاضى =

للأحكام الصادرة فى مواد المخالفات أن يقضى فيها بغير الغرامة والمصاريف وقصد على وجه أخص مايقضى فيها بالازالة[1] ولكل من النيابة العامة والمتهم الطعن بطريق الاستئناف بالنسبة للمخالفات فى غير الأحوال السابقة إذا شاب الحكم خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو تأويلها[2].

= فى توقيع أيهما ، فلا يجوز لها استئناف حكم البراءة بناء على أن المادة التى طلبت العقاب بمقتضاها تشتمل على عقوبة الحبس أيضا ، إذ أنه ليس المعول عليه فى جواز الاستئناف النظر فى العقوبة المشتملة عليها المادة بل إن القانون صريح فى أن المعول عليه هو طلبات النيابة ، وهى لم تصرح بطلب الحكم بعقوبة الحبس سيما إذا كان الحكم قد صدر أولا بالغرامة فعارض المتهم وفى المعارضة طلبت التأييد (مصر الابتدائية ٦ يناير ١٩٠٩ المجموعة الرسمية السنة العاشرة رقم ١١٤) .

(١) وقد كشفت عن هذه العلة تعليقات الحقانية على قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٠٤ إذ جاء بها « وعبارة المادة القديمة كان يرى عليها أنها ماكان يقصد بها إلا المخالفات التى لا يمكن أن تترتب عليها إلا عقوبتا الغرامة والحبس ، أعنى المخالفات المنصوص عليها فى قانون العقوبات ويوجد الآن مع ذلك كثير من المخالفات منصوص عليه فى أوامر علية وقرارات خصوصية يجوز أن يكون نص فيها على عقوبات خصوصية مثل الأمر بشىء أو النهى عنه أو سحب رخصة ، وبعضها مما هو ذو أهمية عظمى تسرى عليه أحكام خصوصية متعلقة بالاستئناف فى الأوامر العلية الصادرة بشأن التنظيم وغيره . غير أن عددا عديداً من الدعاوى لم يكن من الجائز استئنافها بسبب مجرد كونها لم يحكم فيها بحبس ولو أن الحكم بالعقوبة فيها يؤدى إلى نتيجة مدنية ذات خطورة عظيمة ، ومن جهة أخرى لم يكن القانون وافيا بالغرض من حيث مصلحة الحكومة إذ أنه تقرر أنه لا يترتب على رفض المحكمة الحكم بهذه العقوبات الخصوصية جواز رفع النيابة استئنافا عنه . ولذا استبدلت المادة ١٥٠ القديمة بالمادة ١٥٣ من قانون تحقيق الجنايات الحالى التى تخول فى جميع هذه الأحوال حقا مطلقا فى الاستئناف لكل شخص حكم عليه بشىء من هذه العقوبات الخصوصية ، كما تخول النيابة فى حالة عدم صدور حكم بهذه العقوبات خلافا لما طلبته النيابة المذكورة » .

(٢) وسوف نرى أن هذه القاعدة التى أخذ بها الشرع فى مواد المخالفات قد ضمنها أيضا تشريعه فى قانون الاجراءات الجنائية — مع بعض التغيير — بصدد مناط حق الاستئناف فى مواد المخالفات والجنح .

وقد قضى فى ظل قانون تحقيق الجنايات الأهلى بأن « الاستئناف فى المخالفات بناء على الفقرة الأخيرة من المادة ١٥٣ ت.ج هو كالنقض فى الجنح والجنايات بناء على المادة ٢٢٩ من ذلك القانون ، فالخطأ القانونى الذى يترتب عليه جواز استئناف الحكم الصادر فى مخالفة هو الخطأ الذى يقع فى تطبيق القانون على الواقعة كما صار اثباتها فى الحكم ، لا على الواقعة التى يمكن استنتاجها من التحقيقات (بنى سويف ٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة السنة الرابعة رقم ٦٣٨ صفحة ٨٠٤) .

٣ — تعديل قانون تحقيق الجنايات الأهلى فى سنة ١٩٢٨ :

وقد عدلت المادة ١٥٣ من قانون تحقيق الجنايات الأهلى بموجب القانون رقم ١٢٠ الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٢٨ ونصت فى صدرها على أن « الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات يجوز استئنافها من النيابة العمومية إذا طلبت الحكم بغير الغرامة والمصاريف وحكم ببراءة المتهم أو إذا لم يحكم بما طلبته النيابة العامة » ، ونصت فى نهايتها على أنه « فيما عدا الأحوال السابقة لا يجوز رفع الاستئناف إلا من المتهم أو من النيابة العمومية ولا يكون ذلك إلا بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها ».

وهذا التعديل فى عموميته لم يخرج عن القواعد السابقة ، وإنما كان أدق فى التعبير على تحديد المقصود منه .

٤ — قانون تحقيق الجنايات المختلط الصادر سنة ١٩٣٧ :

وقد أتى بعد هذا فى الترتيب التاريخى قانون تحقيق الجنايات المختلط الصادر فى سنة ١٩٣٧ وتضمن قاعدة عامة شملت مناط استئناف النيابة للأحكام الصادرة عموما من محكمة المواد الجزئية . فنصت المادة ٢٤٧ منه على أنه يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية من النيابة العمومية إذا طلبت الحكم بعقوبة أخرى غير الغرامة والمصاريف وحكم ببراءة المتهم أو إذا لم يحكم بما طلبته .

وإذن فالمشرع المصرى فى هذا التقنين كان قيد حق النيابة العامة فى استئناف الأحكام الصادرة فى مواد الجنح ، فلم يجعله مطلقا كما كان الحال فى التشريع الأهلى ، وإنما جعل مناطه طلبات النيابة العامة ، وأن تكون بعقوبة أخرى غير الغرامة والمصاريف ، وهو أيضا فى هذا يتفق مع الاتجاه الذى سار فيه تشريع الاجراءات الجنائية على ماسنرى .

٥ — قانون الاجراءات الجنائية :

وقد اختطت الحكومة عند وضعها لمشروع قانون الاجراءات الجنائية طريقا جديداً ربطت فيه بين قواعد الأوامر الجنائية وضوابط حق الاستئناف ، فرأت التفرقة بين الجرائم الهامة والجرائم البسيطة ، وأن يكون المقياس فى ذلك هو عين المقياس الذى اتبع فى صدد الأوامر الجنائية ، ففى الجرائم التى لا يجوز اصدار العقوبة فيها بأمر جنائى رؤى اطلاق حق الاستئناف بالنسبة للنيابة العامة والمتهم . فللمتهم أن يستأنف كل حكم يصدر عليه من المحكمة الجزئية فى جريمة منها حتى ولو كان صادراً بالغرامة مهما كان مقدارها ، كما يجوز للنيابة أن تستأنف أى حكم صادر فيها بالبراءة أو الادانة بغير نظر إلى طلباتها بالجلسة . أما فى الجرائم التى يجوز اصدار العقوبة فيها بأمر جنائى فقد قيد حق المتهم فى الاستئناف فيها ، بأن جعل حقه فى الاستئناف قاصراً على الأحوال الآتية :

(أولا) إذا حكم عليه بعقوبة غير الغرامة والمصاريف .

(ثانيا) إذا حكم عليه بغرامة وتعويضات يزيد مجموعها على النصاب الذى يحكم فيه القاضى الجزئى نهائيا فى المواد المدنية .

(ثالثا) إذا حكم عليه بغرامة تزيد على ثلاثة جنيهات . أما النيابة فيجوز لها الاستئناف فى الجرائم المذكورة إذا طلبت الحكم بغير الغرامة والمصاريف أو إذا طلبت الحكم بغرامة تزيد على ثلاثة جنيهات وحكم ببراءة المتهم أو لم يحكم بما طلبته[1] .

« وهذا النظام يشبه إلى حد ما نظام الاستئناف الذى كان قائما فى قانون تحقيق الجنايات الأهلى الخاص بالمخالفات ، غير أنه لم ينص على اجازة الاستئناف من النيابة أو من المتهم لخطأ فى تطبيق نصوص القانون

---

(١) المذكرة الايضاحية رقم ١ لقانون الاجراءات الجنائية ، وراجع المواد ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٣٣٨ من المشروع .

أو فى تأويلها ، كما تقضى به المادة ١٥٣ من ذاك القانون ، لأنه رؤى أن الوسيلة الوحيدة للطعن فى هذه الحالة تكون بطريق النقض والابرام وفقا للأوضاع المقررة فى القانون كما هو متبع فى النظام الفرنسى والمختلط ، وقد لوحظ فى ذلك أن محكمة النقض هى المرجع النهائى فى مراقبة صحة تطبيق القانون »[1].

ولدى طرح مشروع قانون الاجراءات الجنائية على مجلس الشيوخ ارتأت لجنة العدل لهذا المجلس وضع قاعدة موحدة بالنسبة لمناط استئناف الأحكام الصادرة فى مواد الجنح والمخالفات من محكمة المواد الجزئية ، وذلك بغير ربطها بمقياس الجرائم التى يجوز فيها اصدار أمر جنائى ، ثم صدر القانون على أساس هذا التعديل ، ونصت المادة ٤٠٢ منه على أنه « يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية فى المخالفات وفى الجنح :

١ — من المتهم إذا حكم عليه بغير الغرامة والمصاريف ، أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات .

٢ — من النيابة العامة إذا طلبت الحكم بغير الغرامة والمصاريف ، أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات وحكم ببراءة المتهم أو لم يحكم بما طلبته » .

وقد أدخلت على قانون الاجراءات الجنائية عدة تعديلات بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ ومن بينها إضافة فقرة أخيرة إلى المادة ٤٠٢ ونصت على أنه « فيما عدا الأحوال السابقة لا يجوز رفع الاستئناف من المتهم أو النيابة العامة إلا بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها » .

وجاءت المذكرة الايضاحية كاشفة عن مرد هذا التعديل فقالت « ومن التعديلات التى أدخلت بمقتضى القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ ، وكانت محل نظر اباحة الطعن بالنقض فى المخالفات ، وذلك بالنص فى المادة ٤٢٠

---

(١) المذكرة الايضاحية رقم ٣ لقانون الاجراءات الجنائية .

«من ذلك القانون على جواز الطعن بالنقض فى الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة على اطلاقها ، وإلغاء حق الاستئناف فى المخالفات بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو تأويلها ، كما كان منصوصا عليه فى قانون تحقيق الجنايات الملغى . — وقد رؤى العودة إلى النظام السابق فى هذا الشأن لما تبين من عدم وجود ضرورة لاطالة أمد التقاضى فى مثل هذا النوع من الجرائم ، فعدلت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٠ باضافة عبارة فى مواد الجنايات أو الجنح حتى يقتصر الطعن بالنقض على هذه المواد فقط . كما عدلت المادة ٤٣٢ فقرة رابعه تبعا لذلك ، وكان من الطبيعى بعد اجراء هذا التعديل اعادة الحق فى استئناف المخالفات بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها فأضيفت فقرة أخيرة إلى المادة ٤٠٢ تتضمن ذلك» .

ثانيا — حكم المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية

وقد كان مناط حق النيابة العامة فى استئناف الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات والجنح وفقا لنص المادة ٤٠٢ /٢ من قانون الاجراءات الجنائية مثارا للخلاف بين الشراح والمحاكم .

١ — فعند صدور قانون الاجراءات الجنائية نشرت النيابة العامة تعليمات بشأن تنفيذه أبانت عن وجهة نظرها فى تفسير النص المشار إليه آنفا ، إذ جاء بالمادة ١٧٩ منها أنه « تعتبر العقوبة مطلوبا الحكم بها من النيابة العامة فى الأحوال الآتية :

١ — إذا كان نص القانون المطلوب تطبيقه على الواقعة يقرر حدا أقصى للغرامة يزيد على خمسة جنيهات

٢ — إذا كان نص القانون المطلوب تطبيقه على الواقعة يوجب الحكم بالحبس أو المراقبة أو المصادرة أو الاغلاق أو أية عقوبة أخرى غير الغرامة .

وفى تأييد رأيها لدى محكمة النقض قالت إن المشرع إذ نص فى الماد ة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه يجوز للنيابة العامة استئناف الأحكام الصادرة فى المخالفات والجنح إذا طلبت الحكم بغير الغرامة والمصاريف

أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات ، فإنه لم يقصد بذلك أن يخول للنيابة سلطة طلب مقدار معين من عقوبة معينة فيرتب جواز استئنافها للحكم على عدم اجابة طلباتها ، لما فى ذلك من مجافاة لطبيعة الدعوى الجنائية ، والأسس التى يقوم عليها نظام العقوبة فى قانون العقوبات من ترك الحرية للقاضى فى تقدير العقوبة حسب وقائع كل دعوى فى نطاق الحدود المقررة للجريمة بالقانون ، بل إن كل ما يجوز للنيابة ابداؤه هو بيان ظروف الدعوى ، وما يستدعيه منها تشديد العقاب دون أن يحل لها أن تتجاوز ذلك إلى تحديد ما يحكم به من عقوبة بعينها ، فتطلب قدراً معينا من الغرامة أو مدة معينة من الحبس ، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٢ المشار إليها قد جعلت مناط جواز استئناف المتهم هو العقوبة المقضى بها ، بينما جعلته بالنسبة للنيابة العامة منوطا بطلباتها ، فإن التفسير الصحيح هو أن النيابة إذا طلبت تطبيق مادة تنص على غرامة يزيد حدها الأقصى على خمسة جنيهات ، فإنها تعتبر أنها طلبت الحكم بغرامة تزيد على خمسة جنيهات ، والقول بغير ذلك يجعل معيار الاستئناف مختلفا بالنسبة إلى النيابة العامة عنه بالنسبة إلى المتهم مما يترتب عليه نتيجة عجيبة هى اجازة الاستئناف للمتهم فى أحوال لا يجوز ذلك للنيابة فيها[1].

٢ — وأما الشراح فإنهم فور صدور قانون الاجراءات الجنائية لم يدلوا برأى قاطع فى تفسير المادة ٢/٤٠٢ من ذاك القانون وتحديد مناط استئناف النيابة العامة للأحكام الصادرة فى مواد المخالفات والجنح ، فقيل إن « استئناف النيابة أساسه الطلبات التى أبدتها فى الجلسة ولم تجبها إليها المحكمة»[2]. وهذا دون بيان المقصود بعبارة طلبات النيابة فى الجلسة وما تسفر عنه من مختلف الصور على ما نعرض له .

---

(١) نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٢ القضية رقم ٨٠٠ سنة ٢٢ ق مجموعة أحكام النقض السنة الرابعة عدد ١ ق ٨٤ ص ٢١٤

(٢) الأستاذ على زكى العرابى ، المبادىء الأساسية لقانون الاجراءات الجنائية ، ص ١٢٣ بند ٢٤٧

وقيل أيضا لمعرفة ما إذا كان يجوز للنيابة الاستئناف يرجع إلى طلباتها فيجوز لهـا الاستئناف إذا طلبت الحكم بالحبس أو بشيء آخر أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات ، فحكم ببراءة المتهم أو لم يحكم بمـا طلبته[1].

وقد ذهب رأى إلى أنه « إذا كان النص الذى طلبته النيابة يوجب الحكم بالحبس أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات أو بعقوبة تكميلية أخرى أو غير ذلك كالرد وإعادة الشيء إلى أصله ولا يترك الخيار للمحكمة ، فإنه بمجرد طلب النيابة تطبيق المـادة المنطبقة يعتبر طلبا منها بتطبيق العقوبات الأصلية والتكميلية وغيرها التى يوجب القانون الحكم بها ، فإذا لم تقض المحكمة بمـا أوجبه القانون الذى يعتبر طلبا من النيابة ، فإن استئنافها يجوز على التفصيل الآتى : إذا طلبت النيابة الحكم بغير الغرامة والمصاريف أى بالحبس أو بالعقوبات التكميلية الأخرى أو غير ذلك كالرد وإعادة الشيء إلى أصله فإن استئناف النيابة يكون جائزاً اطلاقا حتى لو أجابت المحكمة النيابة إلى طلبها وقضت بالحبس أو بالعقوبات التكميلية أو غيرها لأن إجابتها إلى ما طلبت لاتمنعها من استئناف الحكم لمصلحة المجتمع والعدالة ، بخلاف ما إذا طلبت الحكم بغرامة تزيد على خمسة جنيهـات ، واجابتها المحكمة إلى ما طلبت فإن استئنافها لايجوز[2].

٣ — وقد تضاربت أحكام المحاكم فى هذا الصدد فأخذ البعض منها برأى النيابة العامة على الوجه المبين آنفا [3]، بينما اتجه البعض الآخر إلى رأى عكسى ذاهبا إلى أنه إذا كانت المـادة المطلوب تطبيقها يتجاوز الحد الأقصى للغرامة فيها الخمسة جنيهات ، أو أنها تتضمن الحبس ، وقد طلب تطبيقها

---

(١) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الأولى ص ٤١٥

(٢) بحث الأستاذ محمد عبد العزيز يوسف ، المحاماة السنة ٣٢ عدد ٧ ص ١١٦٢

(٣) ولم تنشر هذه الأحكام ولـكنها اتضحت من مراجعة أحكام محكمة النقض التى ألغت الأحكام التي أخذت بهذا الرأي .

على اطلاقه ، فإن هذا يفيد أن النيابة فوضت الرأى للمحكمة فى اختيار أى عقاب يقع فى نطاق نصها[1] وأنه « مما يؤيد هذا النظر أنه ليس مما جرى عليه العرف القضائى المألوف فى ظروف مثل هذه الدعوى (وكانت التهمة ضرب مما ينطوى تحت المادة ١/٢٤٢ من قانون العقوبات) ومدة علاجها أن تطالب النيابة بتوقيع عقوبة الحبس ولا أدل عليه من أن النيابة نفسها قد انتهت إلى الاستئناف الاحتياطى ، فلم تطلب الحبس لكنها طلبت الحكم حسبما يتكشف عنه العلاج وأخذاً من هذا الاستئناف ذاته يتبين أن النيابة قابلة للحكم إذا ما جاءت نتيجة العلاج مناسبة للحكم ، وأنه لا يقوم عمادا للاستئناف أن نتيجة العلاج لم ترد لأنه بهذا يكون استئنافها معلقا موقوفا غير ناجز مبهم الطلب غير محدود الغاية ، لأنه معلق على نتيجة العلاج حسبما يظهر منه ، مع أنه يجب فى الاستئناف مايجب فى الدعوى من تعيين وتنجيز وصراحة فى الطلبات وتوافر المصلحة .

٤ — أما محكمتنا العليا ، فإنا نورد الجزء الأكبر من حكمها الأول الذى تناولت فيه تفسير المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، ومناط استئناف النيابة العامة للأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية قالت محكمة النقض[2] « وحيث إن قانون الاجراءات الجنائية إذا تحدث عن الاستئناف فى الباب الثانى من الكتاب الثالث الخاص بطرق الطعن فى الأحكام قد نص فى المادة ٤٠٢ على مايأتى : « ١ — من المتهم إذا حكم عليه بغير الغرامة والمصاريف أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات ٢ — من النيابة العامة إذا طلبت الحكم بغير الغرامة والمصاريف أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات وحكم ببراءة المتهم أو لم يحكم بما طلبته » . والواضح من هذا النص ومن نصوص المادتين ٤٠٣ و ٤٠٤ التى صدرت بعبارة «يجوز الاستئناف»

(١) شبين الكوم الكلية ١٩ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة السنة ٣٢ عدد ١٠ ص ١٥٠٧

(٢) نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٣ ، النقض رقم ٨١١ سنة ٢٢ ق ، مجموعة أحكام النقض س ٤ عدد ١ ق ٨٤ ص ٢١٤

ومن نص المادة ٤٠٥ التى صدرت بعبارة « لا يجوز قبل أن يفصل فى موضوع الدعوى استئناف الأحكام التحضيرية ، أن المشرع قد بين على سبيل الحصر الأحوال التى يجوز فيها الاستئناف ، وأن ماعدا ذلك من الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية فى مواد المخالفات والجنح فإنه لا يجوز استئنافه ، ولما كانت العبارات التى استعملها فى المادة ٤٠٢ سواء فى فقرتها الأولى أو الثانية صريحة فى التفرقة بين مناط حق المتهم فى الاستئناف الذى جعله المشرع تابعا لمقدار العقوبة المحكوم بها وبين حق النيابة الذى علقه على ما تبديه من طلبات وكان التعبير بعبارة « إذا طلبت الحكم » إنما ينصرف إلى ما تطلبه فى الواقع من المحكمة سواء أكان هذا الطلب قد ضمنته ورقة تكليف المتهم بالحضور أم أبدته شفاها بالجلسة ، ولو أراد المشرع أن يجعل حق النيابة فى الاستئناف مترتبا على الحد الأقصى للعقوبة المقررة فى النص الذى تطلب معاقبة المتهم بمقتضاه لما أعجزه النص على ذلك بعبارة يسيرة صريحة لا تحتاج إلى التأويل والتخريج الذى تذهب اليه النيابة . على أنه لو أخذ بنظرية النيابة من أن لها أن تستأنف الحكم الصادر فى أية جنحة يزيد الحد الأقصى للغرامة المقررة لها على خمسة جنيهات مهما نقص مقدار الغرامة المحكوم بها لكانت النتيجة أن يفتح باب الاستئناف للنيابة فى أحوال هو مغلق فيها فى وجه المتهم الذى لا يجوز له الاستئناف إلا إذا كانت الغرامة المحكوم بها عليه تزيد على خمسة جنيهات ، وهذه النتيجة لا يمكن أن يكون المشرع قد قصدها ، ويكون الاستدلال بغرابة نتيجة التفرقة بين مناط حق المتهم والنيابة فى الاستئناف ساقطا ، إذ لا شك فى أن التوسيع على المتهم فى الاستئناف فى أحوال لا يقبل فيها استئناف النيابة أولى من العكس الذى يرمى إلى التوسيع على النيابة فى أحوال لا يجوز للمتهم فيها أن يستأنف ، هذا إلى أن نص القانون صريح فى المعنى الأول دون الثانى ، لما كان ذلك ، فإن ماساقته النيابة فى الطعن لا يكون له محل » .

« وحيث أنه لايجدى فى هذا المقام القول بأن تقدير العقوبة من شئون قاضى الموضوع وأن ليس للنيابة أن تعتدى على ماخصه به القانون من حرية التقدير ، فإنه ليس مما يؤثر فى هذه الحرية أن تبسط النيابة للقاضى ظروف الدعوى الموجبة فى رأيها لتشديد العقوبة أو أن يحكم بنوع من العقوبات المقررة فى القانون للجريمة أو بعقوبة لا تقل عن قدر معين من الغرامة أو عن مدة معينة من الحبس ، ليس ذلك مما يؤثر فى حرية القاضى ما دام له هو أن يقضى بما يراه وما دام القانون قد رتب حقها فى الاستئناف على ذلك » .

« وحيث إنه باستقراء الأعمال التحضيرية لقانون الاجراءات الجنائية تبين أن اللجنة المؤلفة لتعديل القانون كانت قد اقترحت هذه القيود على حق الاستئناف سواء بالنسبة للمتهم أو للنيابة ولكنها قصرت ذلك على الجرائم البسيطة ، وأن يكون المقياس هو عين المقياس الذى اتبع فى صدد الأوامر الجنائية . أما الجرائم التى لايجوز اصدار العقوبة فيها بأمر جنائى ، فقد رأت اطلاق حق الاستئناف بالنسبة للنيابة والمتهم فيكون للمتهم أن يستأنف كل حكم من هذه الأحكام ، كما يجوز للنيابة أن تستأنف أى حكم صادر فيها بالبراءة أو الادانة « بغير نظر إلى طلباتها فى الجلسة » ، وعلى ماعبرت به اللجنة ، فلما عرض المشروع على البرلمان رأى مجلس الشيوخ أن لا وجه لهذه التفرقة وعدل النص بما يسوى بين الأحكام الصادرة فى الجنح الصادرة من المحاكم الجزئية . ووافق مجلس النواب على ذلك ، ثم صدر القانون بما رآه المجلسان . ويتضح من ذلك أن اللجنة التى استحدثت هذه النصوص قد ذكرت صراحة فى مذكرتها أن العبرة فى طلبات النيابة هى بما تبديه فى الجلسة وأن التفرقة فى المقياس بين حق المتهم وحق النيابة فى الاستئناف مقصودة من واضعى النصوص »[1].

---

(١) ومن أحكام محكمة النقض فى هذا الصدد : التهمة ضرب ، والمطلوب العقاب بموجب المادة ٢٤٢/١ع . قضت الجزئية بغرامة مائة قرش ، استأنفت النيابة وقضى بعدم جواز ═

فالذى انتهت إليه المحكمة العليا فى تفسير نص المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، بصدد حق النيابة العامة فى استئناف الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات والجنح هو أن العبرة فى مناط هذا الاستئناف يكون بطلبات النيابة العامة فى الواقع سواء أكانت فى ورقة التكليف بالحضور أم بالجلسة ثم لا يقضى لها بطلباتها أو يحكم ببراءة المتهم .

= الاستئناف ، ورفضت محكمة النقض طعنا رفع عن هذا الحكم (٣٠ — ١٢ — ١٩٥٢ — القضية رقم ١١٠٩ سنة ٢٢ ق . أحكام النقض س ٤ عدد ١ ق ١١٣ — ص ٢٩٠) ؛ التهمة تبديد والمطلوب العقاب بموجب المادتين ٣٤١ ، ٣٤٢ ع ، قضت الجزئية بالحبس مع الشغل أسبوعين مع ايقاف التنفيذ إعمالا للمواد ٣٤١ ، ٥٥ ، ٥٦ ع . استأنفت النيابة ، وقضى بعدم جواز الاستئناف ، ورفضت محكمة النقض طعنا رفع عن هذا الحكم (أول يناير سنة ١٩٥٣ — القضية رقم ٣٨٨ سنة ٢٢ ق . أحكام النقض س٤ عدد ٢ ق ١٢٧ ص ٣٢٧) ؛ التهمة سرقة والمطلوب العقاب بموجب المادة ٣١٨ ع ، قضت الجزئية بالحبس شهرا مع الشغل . استأنفت النيابة ، قضى بعدم جواز الاستئناف ، ورفضت محكمة النقض طعنا رفع عن هذا الحكم (٢ — ٢ — ١٩٥٣ — القضية رقم ١٠٩٤ سنة ٢٢ ق . أحكام النقض س ٤ عدد ٢ ق ١٧٢ — ص ٤٥٠) ؛ التهمة سرقة ، والمطلوب العقاب بموجب المادة ٤/٣١٧ ع ، قضت الجزئية بالحبس شهراً مع الشغل . استأنفت النيابة ، قضى بتعديل الحكم وحبس المتهم سنة مع الشغل مع تطبيق المادة ٣/٤٩ع نقضت محكمة النقض ذاك الحكم وقضت بعدم جواز استئناف النيابة (١١ — ٥ — ١٩٥٣ — القضية رقم ٤٣٨ سنة ٢٣ ق . أحكام النقض — س٤ — عدد ٣ ق ٢٨٥ ص ٧٨٥) ؛ التهمة اهانة والمطلوب العقاب بموجب المادة ١٣٣ ع ، قضت الجزئية بالبراءة ، استأنفت النيابة قضى بالغاء الحكم المستأنف وغرامة مائة قرش ، نقضت محكمة النقض الحكم وقضت بعدم جواز استئناف النيابة (٢٦ — ٥ — ١٩٥٣ — القضية رقم ٦٥١ سنة ٢٣ ق أحكام النقض — س ٤ عدد ٣ ق ٣٢٥ ص ٨٩٥) ، التهمة قتل خطأ ، والمطلوب العقاب بموجب المادة ٢٣٨ ع . قضت الجزئية بالبراءة ، استأنفت النيابة ودفع المتهم بعدم جواز الاستئناف ، رفضت المحكمة الدفع وقضت بعدم الاختصاص بنظر الدعوى ، نقضت محكمة النقض الحكم وقضت بعدم جواز استئناف النيابة (٦— ٤ — ١٩٥٤ — القضية رقم ٢١٥٧ سنة ٢٣ ق . أحكام النقض ، س ٥ عدد ٣ ق ١٦٠ ص ٤٦٨ — وراجع أيضا ٢٠ — ٤ — ١٩٥٤ القضية رقم ٢٥٣ سنة ٢٤ ق . احكام النقض س ٥ عدد ٣ — ق ١٨٤ ص ٥٤٤) ، التهمة غش مسلى ، والمطلوب العقاب بموجب المواد ١/٢ ، ٨ ، ٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ ، قضت الجزئية بتغريم المتهم خمسمائة قرش والمصادرة والنشر ، استأنفت النيابة وقضى بقبول الاستئناف شكلا ورفضه موضوعا ، فطعنت النيابة العامة فى هذا الحكم بطريق النقض ، فنقضت محكمة النقض الحكم وقضت بعدم جواز الاستئناف (٣— ٧ — ١٩٥٤القضية رقم ٢٤٢٢ سنة ٢٣ ق . أحكام النقض س ٥ عدد ٣ ق ٢٧٨ ص٨٧) .

فإذا فرض أن نص القانون المراد إعمـاله على الواقعة المبسوطة أمام المحكمة تخير القاضى بين حدين أقصى وأدنى ، أو بين عقوبة من اثلتين كالحبس والغرامة مثلا ، فإنه ما لم تطلب النيابة العامة قدرا معينا من العقوبة فيفترض رضاءها بقبول خيار القاضى فى تطبيق العقوبة فى حدها الأدنى ، فمـا لم يكن هذا الحد الأدنى يجيز للنيابة العامة استئناف الحكم الصادر فى الدعوى ، فإنه لا يجوز لهـا الطعن فيه بطريق الاستئناف . ولا يهم فى هذا الصدد أن يكون النص على كل من العقوبتين فى مادة على حدة ، فمثلا أن ينص فى احدى المـادتين على عقوبة الحبس وتجيز مادة أخرى للقاضى أن يقضى بالغرامة ، بغير تحديد لحدها الأقصى ، بدلا من الحبس المشار إليه ، فإن طلبت النيابة العامة تطبيق المـادة الأولى مطلقة ، وأعمل القاضى حكم الأخرى ، فإنه يكون قد استعمل سلطانه فى التقدير ، ولا يكون للنيابة حق الاستئناف فى هذه الصورة ، حتى ولو قضى بالبراءة ، لأن طلباتها لم تكن بغير الحبس أو الغرامة التى تزيد على خمسة جنيهات ، بل إنهـا تتراوح بين الغرامة والحبس من خمسة قروش إلى أقصى مدة الحبس[1] .

---

(١) وهذا ما أخذت به محكمة النقض فى دعوى قامتها النيابة العامة ضد المتهم بأنه عد متشردا بأن لم تكن له وسيلة مشروعة للتعيش وطلبت عقابه بموجب المواد ١/٢٢١ ، ٤ ، ٨ ، ٩ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ ، وقضت المحكمة الجزئية بإنذار المتهم بأن يغير من أحوال معيشته التى جعلته فى حالة تشرد ، فاستأنفت النيابة الحكم الجزئى ، وقضت محكمة الجنح المستأنفة بعدم جوازه ، فطعنت النيابة العامة فى هذا الحكم بطريق النقض ، ورفضت المحكمة العليا هذا الطعن . وتنص المادة ١/٢ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ على أنه « يعاقب على التشرد بالوضع تحت مراقبة البوليس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات » ، وتنص المادة ٣ منه على أنه « يجوز للقاضى بدلا من توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة أن يصدر حكما غير قابل للطعن بإنذار المتشرد بأن يغير من أحوال معيشته التى تجعله فى حالة تشرد » ، وقد قالت المحكمة العليا فى أسباب حكمها « أما وقد وضع قانون الاجراءات الجنائية فى المادة ٤٠٢ منه قبل تعديلها بالمرسوم بقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٥٢ قيوداً على حق النيابة فى استئناف الأحكام الصادرة فى الجنح والمخالفات وجعله منوطا بطلباتها أمام محكمة أول درجة ، فانه يتعين مراعاة هذه القيود . ولما كانت النيابة العامة قد طلبت من المحكمة الجزئية =

فإذا طلبت النيابة العامة توقيع الحد الأقصى للعقوبة المقررة بموجب نصوص القانون ، فأجابتها المحكمة إلى ما ابتغت القضاء به ، فإنه لا يجوز لها بعد هذا أن تطعن فى الحكم بطريق الاستئناف تأسيساً على أن صحيفة سوابق المتهم والتى وردت بعد الحكم الجزئى ، وطرحت أمام المحكمة الاستئنافية تجعل من الواقعة المسندة إلى المحكوم عليه جناية ، أو أنه قد نشأ عن اصابة المجنى عليه فى الحادثة عاهة مستديمة يستحيل برؤها مما يجعل الواقعة جناية .

ثالثا — بعض صور تدعو للبحث

وبرغم قضاء المحكمة العليا فإن هناك بعض الصور التى تحتاج لبحث فى تعرف ما إذا كان للنيابة العامة حق استئناف الحكم الصادر فى الدعوى أم لا نعرض لها فيما يلى :

١ — إعطاء النيابة العامة الوصف القانونى للتهمة :

أبان قانون الاجراءات الجنائية تصرف النيابة العامة فى التهمة سواء أكان هذا التصرف بعد جمع الاستدلالات أم بعد التحقيق ، فهى قد ترى أن لا محل للسير فى الدعوى ، فتصدر أمرها بحفظ الأوراق أو قرارا بأن لا وجه لاقامة الدعوى الجنائية ، وقد ترى فى مواد المخالفات والجنح أن الدعوى صالحة رفعها بناء على الاستدلالات التى جمعت ، فتكلف المتهم

= عقاب المتهم طبقا للفقرة الأولى من المادة الثانية من ذلك المرسوم بقانون دون أن تضم صحيفة سوابق المتهم للأوراق أو تبين لها أن المتهم عائدا ، فأوقع القاضى عقوبة الانذار التى أجاز له القانون فى المادة الثالثة منه توقيعها بدلا من العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الثانية ، فان حكمه بذلك لا يكون قابلا للطعن ، ولا يجوز للنيابة العامة أن تتحدى أمام المحكمة الاستئنافية بأن المتهم عائد تنطبق عليه الفقرة الثانية لا الأولى ما دامت هى لم يسبق لها ابداء ذلك للمحكمة الجزئية ولم تطلب إليها تطبيق عقوبة العود ، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم جواز الاستئناف المرفوع من النيابة يكون سليما (نقض ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢١٧ سنة ٢٣ ق . أحكام النقض ، السنة الرابعة — عدد ٣ ق ٢٥٢ ص ٦٩٤) .

بالحضور أمام المحكمة المختصة (م ٦٣ أ. ج) كما أنها إذا رأت بعد التحقيق أن مخالفة أو جنحة أو جناية ثابتة ثبوتا كافيا على شخص أو أكثر ترفع الدعوى للمحكمة المختصة بنظرها بطريق تكليف المتهم بالحضور ، ويكون ذلك فى الجنايات بطريق تكليف المتهم بالحضور أمام غرفة الاتهام (م ٢١٤ أ. ج) .

فالأصل أن لا إلزام على النيابة العامة لتعطى الواقعة المسندة إلى المتهم وصفها القانونى وتثبته فى الأوراق ، بل يكفى أن تكلف المتهم بالحضور لمحاكمته وتذكر فى ورقة التكليف بالحضور التهمة ومواد القانون التى تنص على العقوبة (مادة ٢/٢١٤ أ. ج)[1].

ومع هذا فقد جرى العمل على أن تعطى النيابة العامة للواقعة الوصف القانونى الذى تراها منطوية تحت نصه ، وتثبت هذا الوصف فى المحضر سواء أكان محضراً لجمع الاستدلالات أو للتحقيق ، ومن واقعه تحرر بيانات ورقة التكليف بالحضور ، ويسمى هذا عملا بقيد الواقعة .

فإذا ما جاءت بيانات ورقة التكليف بالحضور مطابقة للوصف الذى أعطت النيابة للواقعة ، ومادة القانون التى تبغى إعمالها والطلبات التى تروم القضاء بها ، فلا محل لخلاف يثور حول تحديد طلبات النيابة العامة ، ولكن إن اختلف ما أثبت فى المحضر عن ذاك الذى أدرج فى ورقة التكليف بالحضور ، فما هو المعول عليه فى هذه الحالة ، أى إذا كان وصف النيابة العامة للواقعة كما أثبتته فى المحضر مما يجيز لها استئناف الحكم الذى يصدر فى الدعوى ، بينما أن ما حرر بورقة التكليف بالحضور يجعل الحكم غير جائز الاستئناف . هل تكون العبرة بورقة التكليف بالحضور باعتبار أن بياناتها هى التى أعلنت للمتهم

---

(١) وقد قضى بأن القانون لا يشترط أن يبين فى ورقة التكليف بالحضور أكثر من التهمة المسندة إلى المتهم والمادة المطلوب محاكمته بمقتضاها (نقض ٢٩ أبريل ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ١٧٠ ص ٢٤٠) .

والتى طلبت إليه النيابة العامة بموجبها المثول أمام القضاء لمحاكمته بمقتضى مواد القانون المذكور فى تلك الورقة ، وهى تبعاً لهذا تحدد حقها فى الاستئناف ، أم أن وصف النيابة العامة للواقعة فى الأوراق هو الذى تتحدد به طلباتها ، لأنه هو الأصل الذى تحرر منه ورقة التكليف بالحضور وقد أثبتت بين أوراق الدعوى والمتهم مطلع عليه والمحكمة عالمة به .

قلنا إن ما يسمى عملا بقيد الواقعة من النيابة العامة هو إجراء ما يتطلبه القانون ، ونتيجة لهذا يكون المعول عليه هو ما أدرج فعلا فى ورقة التكليف بالحضور من بيان لطلبات النيابة العامة ، ولا يقدح فى هذا حق النيابة العامة فى تعديل طلباتها أمام المحكمة ، وإن خالفت ورقة التكليف بالحضور ، ما دامت لا تمس صالحاً للمتهم ، لأن ذاك التعديل حق خولها القانون إياه ، شأنه فى هذا الشأن شأن ما يدرج فى ورقة التكليف بالحضور .

٢ — طلبات النيابة العامة وقت المحاكمة :

إذا ما طرحت الدعوى أمام المحكمة ، فإنه ينبغى تعرف طلبات النيابة العامة على وجه الدقة ، إذ عليها يتوقف حقها فى الاستئناف وفقاً لمقتضى نص المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، وترد على الذهن فى هذا الصدد عدة صور قد تحتمل المناقشة :

(ا) إذا كلف المتهم بالحضور لمحاكمته بمقتضى نصوص معينة من القانون ثم مثل أمام المحكمة فليس هناك شك فى أن للنيابة العامة أن تحدد طلباتها بالصورة التى تراها ما دامت عن الواقعة التى وردت بأمر الاحالة أو طلب التكليف بالحضور (م ٣٠٧ ا. ج) .

فمثلا إذا كان النص المطلوب إعماله يقضى بعقوبة الغرامة عامة بغير تحديد لحدها الأدنى ، بمعنى أنه يصل إلى خمسة قروش ، فإن للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة قدراً معيناً من الغرامة ، أى لها أن تطلب الحكم بأكثر من خمسة جنيهات إن كان الحد الأقصى لعقوبة الغرامة المنصوص عليها قانوناً يسمح بالوصول إلى هذا القدر .

(ب) وإذا كلف المتهم بالحضور لمحاكمته بمقتضى نصوص معينة من القانون ، هى فى إطلاقها لاتعطى للنيابة العامة حق استئناف الحكم الصادر فى الدعوى ، ثم تخلف المتهم عن الحضور دون عذر مقبول رغم إعلانه ، فهل يحق للنيابة العامة أن تطلب إلى المحكمة توقيع قدر معين من العقاب بموجب تلك النصوص ويجيز لها عندئذ استئناف الحكم الصادر فى الدعوى . مثال هذا أن تكون عقوبة الغرامة غير معينة المقدار فى حدها الأدنى ، فهل للنيابة للعامة فى غيبة المتهم أن تطلب القضاء بغرامة أكثر من خمسة جنيهات .

لا جدال فى أنه ينبغى رعاية حق دفاع المتهم ، إذ هو من الحقوق الأساسية التى تكفلها جميع التشريعات ، فهل فى الصورة سالفة البيان ما يعد اخلالا بحق المتهم فى الدفاع . إن الأمر قد يحتاج إلى تفرقة بين صورتين : الأولى منهما أن تطلب النيابة العامة إلى المحكمة تعديل وصف الاتهام مع بقاء الواقعة المرفوعة من أجلها الدعوى على ما هى عليه ، كأن تبغى اعتبار الواقعة سرقة منطوية تحت نص المادة ٣١٨ من قانون العقوبات بعد أن كلف المتهم بالحضور لمحاكمته وفقاً لنص المادة ٣٤١ من ذلك القانون والتى تعاقب على خيانة الأمانة . إن رعاية حق المتهم فى الدفاع يقضى — فى هذا الفرض — بوجوب علمه بهذا التعديل الجديد ، لعل له من وجهة النظر مايدفع التهمة المعزو إليه ارتكابها ، ويؤيد هذا ما نص عليه فى المادة ٣٠٨/٣٠١ من قانون الاجراءات الجنائية من أن « للمحكمة أن تعيز فى حكمها الوصف القانونى للفعل المسند إلى المتهم ، ولها تعديل التهمة باضافة الظروف المشددة التى تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة ولو كانت لم تذكر بأمر الاحالة أو بالتكليف بالحضور ... وعلى المحكمة أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك .

والصورة الأخرى أن تقتصر النيابة على مجرد طلب قدر معين من العقوبة المقررة بموجب ذات مواد القانون التى أعلنت للمتهم بورقة التكليف بالحضور ، كأن تطلب توقيع العقوبة فى حدها الأقصى ، أو تطلب تغريم المتهم بما يزيد على خمسة جنيهات ، أى أنها بهذا الطلب تحدد قدرا من العقوبة يجيزلها استئناف الحكم الذى يصدر فى الدعوى . فهل هذا الطلب من جانبها إن تم فى غيبة المتهم يعتبر إخلالا بحقه فى الدفاع ؟ إن المتمعن فى هذا الفرض لا يرى فيه أى مساس بحقوق المتهم ، لأن النيابة العامة حينما كلفته بالحضور لمحاكمته ، فإنها قد أعلنته بنصوص من القانون تتضمن العقوبة فى حديها الأدنى والأقصى . وللقاضى أن يوقع العقوبة فى حدها الأخير ، وفى غيبة المتهم ، فإن جاءت النيابة وطلبت ايقاع العقوبة فى حدها الأقصى فهى لم تمس له حقا ، لأن تقدير العقوبة مرجعه للقاضى ، وحق المتهم يقتصر على دفع التهمة عن نفسه ، ولا يقدح فى هذا القول بأن طلب النيابة على الوجه آنف الذكر بمنحها حقا فى الاستئناف لم يكن موجودا قبل ذلك ، فالمتهم لم يكتسب حقا بعدم جواز استئناف النيابة ، وإنما يقتصر حقه على مجرد صيانة ما يقضى دفاعه عن نفسه .

(ح) وقد تعرض حالات أخرى مشابهة تدعو لتعرف حكم القانون فيها . فإذا لم يمثل المتهم أمام المحكمة بالجلسة الأولى ورأت تأجيل نظر الدعوى حتى تعيد النيابة العامة تكليفه بالحضور فهل يجوز أن تتضمن ورقة التكليف بالحضور قدراً معينا من العقوبة ؟ وإذا كلف المتهم بالحضور فى هذه الصورة دون طلب معين ثم تخلف عن الحضور بجلسة المحاكمة هل يحق للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة توقيع قدر معين من العقوبة ؟ وكذلك بافتراض أن المتهم حضر بالجلسة الأولى وتخلف بعد هذا ، هل هناك ما يقيد النيابة العامة فى أن تطلب فى أية جلسة من جلسات المحاكمة التالية وفى غيبة المتهم قدراً معينا من العقوبة بموجب مواد الاتهام مما يجيز لها استئناف الحكم الصادر فى الدعوى ؟

إن حكم القانون فى هذه الصور وأشباهها واضح وفقاً لما سبق أن سقناه من أن طلب قدر معين من العقوبة المنصوص عليها بموجب المواد القانونية التى وردت بورقة التكليف بالحضور لا يعد تعديلا للتهمة أو الوصف القانونى لها مما يوجب تنبيه المتهم إليه ، ومن ثم فلا حاجة لأن تعلن المتهم بطلبات النيابة على الوجه المبين فى الصورة سالفة البيان .

٣ — طلبات النيابة العامة عند نظر المعارضة المرفوعة من المتهم :

إذا كلفت النيابة العامة المتهم بالحضور لمحاكمته عن واقعة تنطوى تحت نصوص معينة من القانون وتخلف عن الحضور وقضت المحكمة فى غيبته بالادانة ، ثم قرر المتهم بالمعارضة فى الحكم الغيابى . فطرحت الدعوى أمام المحكمة للفصل فى تلك المعارضة ، فهل يحق للنيابة العامة عند نظر المعارضة أن تطلب قدرا معينا من العقوبة ، وهل إذا طلبت هذا ولم تجبها المحكمة إلى طلبها يكون لها حق استئناف الحكم الصادر فى المعارضة ، بعد إذ كانت محرومة من استئناف الحكم الغيابى ، لأن طلباتها أثناء محاكمة المتهم غيابيا لم تكن لتجيز لها هذا الطريق من طرق الطعن .

القاعدة العامة أن الطاعن لا يضار بطعنه ، وإعمالا لها لا يجوز أن تفتح معارضة المتهم للنيابة العامة بالطعن فى الحكم الصادر بالاستئناف بعد إذ كان مغلقاً أمامها قبل أن يعارض المتهم ، فضلا عن أنه مهما كانت طلبات النيابة فإن المحكمة التى تنظر معارضة المتهم لا تستطيع أن ترتفع بالعقوبة عما قضى به الحكم الغيابى ، أى أن أقصى ما تملكه هو أن تقضى بتأييد هذا الحكم تطبيقاً لذات القاعدة المشار اليها آنفا ، فطلبات النيابة العامة حينئذ تكون عديمة الأثر .

بيد أنه قد يثور فى الذهن احتمال قيام فائدة للمتهم من فتح باب الاستئناف للنيابة العامة ، فى الصورة مثار البحث أى بناء على طلباتها التى تقدمت بها عند نظر المعارضة فى الحالة التى يكون المتهم فيها محروما

من حق الاستئناف ، إذ قد تتولد له مصلحة من استئناف النيابة العامة ، بيد أنه رغم ما قد يبدو من فائدة للمتهم فى الظاهر ، فإن هذا لا يقدح فى قاعدة عامة هى أساس فى الاجراءات الجنائية .

فخلاصة ما تقدم أن العبرة فى تحديد طلبات النيابة العامة التى تكون مناطا لاستئنافها الأحكام الصادرة فى الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية هى ما تطلبه فعلا بورقة التكليف بالحضور ، أو فى جلسة المحاكمة سواء أكانت هذه الطلبات فى غيبة المتهم أم فى حضوره بشرط ألا تتضمن تعديلا للتهمة أو وصفها القانونى ، وإلا كان فى هذا إخلالا بحقه فى الدفاع ، ويشترط ألا تكون هذه الطلبات قد أبديت للمرة الأولى فى الجلسة التى نظرت فيها المعارضة المرفوعة من المتهم .

٤ — أثر القضاء بايقاف تنفيذ العقوبة فى حق الاستئناف :

وتعرض لنا صورة ما إذا أقامت النيابة العامة الدعوى الجنائية ضد المتهم تبغى توقيع قدر معين من العقوبة عليه ، فأجابتها المحكمة إلى طلباتها وقضت مع هذا بايقاف تنفيذ العقوبة إعمالا لنص المادتين ٥٥ ، ٥٦ من قانون العقوبات ، وكذلك حالة ما إذا أمرت بايقاف التنفيذ فى الحكم الصادر فى المعارضة التى رفعها المتهم عن حكم غيابى صدر ضده وكان مجيبا لطلبات النيابة العامة ، فهل لهذه الأخيرة فى أى من الفرصتين استئناف ذلك الحكم . والوضع أن العقوبة المقضى بها مجيبة لطلبات النيابة العامة ، أى أنه لو افترض صدور الحكم بغير ايقاف التنفيذ ، ما كان يجوز للنيابة العامة استئنافه .

إن مناط استئناف النيابة العامة للأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية هو طلباتها ، وأن تكون بغير الغرامة والمصاريف أو بغرامة تزيد على خمسة جنيهات ، ثم يقضى ببراءة المتهم أو لا يقضى بما طلبته ، فهل شمول الحكم بايقاف التنفيذ مع ايقاع العقاب لا يعد قضاء بطلبات النيابة العامة ؟

إن المحكمة تأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة مايبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون (م ٥٥/١ع) فالأمر جوازى لها متروك لتقديرها وحدها ، وهى إن أمرت به فليس للنيابة العامة بوصفها سلطة الاتهام أية رقابة عليها . ومن ثم فإنه فى أى من الصورتين السالف ذكرهما لايحق للنيابة العامة استئناف الحكم الصادر فى الدعوى . وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض فى قضية اتهم فيها شخص بجريمة خيانة الأمانة وقضت المحكمة الجزئية بالادانة مع ايقاف تنفيذ العقوبة ، فاستأنفت النيابة العامة الحكم الصادر فى الدعوى ، بيد أن محكمة الجنح المستأنفة قضت بعدم جواز الاستئناف ، ثم رفضت محكمة النقض طعنا رفع عن هذا الحكم[1]. وقالت المحكمة العليا إن الحكم المستأنف قد صدر فى حدود طلبات النيابة العامة ، وبذا يبدو جليا أنه لو كان لايقاف تنفيذ العقوبة أى أثر فى مناط استئناف النيابة العامة لأسفر القضاء به عن اعتبار أن الحكم الصادر فى الدعوى قد جاء مخالفا لطلبات النيابة العامة ، الأمر الذى يجيز استئنافه وهو ما لم تقل به المحكمة .

ويترتب على هذا أن الحكم الصادر فى معارضة مرفوعة من المتهم بتأييد الحكم الغيابى المعارض فيه مع القضاء بايقاف التنفيذ لا يحق للنيابة العامة استئنافه بسبب ايقاف التنفيذ فقط ، فما لم تكن قد استأنفت الحكم الغيابى وكان استئنافها له جائزاً ، فإنها لاتستطيع أن تستأنف الحكم الصادر فى المعارضة . والواقع أننا إذا أمعنا النظر قليلا نجد أن استئناف النيابة العامة للحكم الغيابى لايسقط بصدور الحكم فى المعارضة إلا إذا كان الحكم الأخير

(١) نقض أول يناير سنة ١٩٥٣ ، القضية رقم ٨٨٨ سنة ٢٢ ق . أحكام النقض س ٤ عدد ق ١٢٧ ص ٣٢٧

ملغيا أو معدلا للحكم الغيابى ، أو بمجرد تأييد هذا الحكم مع الأمر بايقاف تنفيذ العقوبة فهو لا يعد إلغاء أو تعديلا للحكم الغيابى ، وإنما استعمالا لرخصة منحها المشرع للقاضى ولم تغير فى أصله .

٥ — الأحكام الصادرة بغرامة مالية :

ويثور التساؤل عن طبيعة الغرامة المالية التى يقضى بها بالنسبة لبعض الجرائم التى تقترف بالمخالفة للقوانين المالية ، فهل تنطوى تحت معنى الغرامة المنصوص عليها والتى عرفها قانون العقوبات أم لا ، وما أثر هذا فى تقدير مناط الاستئناف سواء بالنسبة للنيابة العامة أو بالنسبة للمتهم ؟

ومثال هذا ما كانت تنص عليه المادة ٨٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ من عقاب على مخالفة أحكام ذلك القانون بغرامة لا تزيد على ألفى قرش وبزيادة ما لم يدفع من الضريبة بمقدار لا يقل عن ٢٥ ./. منه ولا يزيد على ثلاثة أمثاله ، ثم عدل هذا النص بموجب القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ وبمقتضاه أصبحت العبارة الأخيرة « ويقضى بتعويض لا يقل عن ٢٥ ./. ولا يزيد على ثلاثة أمثال ما لم يدفع من الضريبة »[١].

ولقد قام الخلاف فى فرنسا فذهب الفقه واستقر القضاء على أن للغرامة المالية طبيعة مزدوجة بمعنى أنها تحمل معنى العقوبة الجنائية كما تنطوى على معنى التعويض . ورتبت على هذا عدة نتائج تتمشى مع الفكرة المشار إليها ، فالغرامة المالية تقضى بها المحاكم الجنائية ، وتسقط بالتقادم

---

(١) ومن الأمثلة على ذلك أيضا المادة ١٠ من مرسوم ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ الخاص برسوم الانتاج والاستهلاك على أوراق اللعب ؛ والمادة ١٤ من مرسوم ١٤ سبتمبر ١٩٣٤ الخاص برسم انتاج على الكحول ؛ والمادة ٢٣ من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ بتقرير رسم الدمغة ؛ والمادة ٢٥ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات .

الخاص بالمسائل الجنائية ولا يقضى بها على ورثة المسئول عنها ؛ وهى من ناحية أخرى توقع حتى على من لا يسأل جنائيا ، ولا يقضى بايقاف تنفيذها [1].

وقد عرضت محكمة النقض المصرية لطبيعة العقوبة المالية بصدد ما نص عليه فى المادة ٥٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فقالت « إن عبارة ما لم يدفع من الضريبة الواردة فى المادة ٥٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ والواردة بها أيضاً بعد أن شملها التعديل بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ لا تحمل على ظاهر لفظها ، وإنما ترد إلى معنى مثيلا لها فى القوانين الأخرى المتعلقة بالضرائب والرسوم ، وان معناها هذا الجزء من الضريبة الذى كان عرضة للضياع على الدولة بسبب مخالفة الممول القانون . وإذن فالحكم المطعون فيه إذا قضى بإلزام الطاعن بأن يدفع مبلغاً مساوياً للضريبة التى تأخر فى سدادها عن الميعاد المحدد بالقانون لا يكون قد أخطأ فى شىء ، ولا يعتبر من ذلك أن القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ وصف ما يجب القضاء به علاوة على الغرامة أو الحبس المنصوص عليهما فى المادة ٨٥ بأنه تعويض ، فقضى بذلك على النزاع الذى كان قد أثير حول طبيعة تلك الزيادة فى حدود نصوص القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، هل هى عقوبة بحت أم هى من قبيل التعويض والذى سبق أن عرضت إليه هذه المحكمة فى قضائها من أنها جزاء يلازم الغرامة أو الحبس يتضمن التعويض وإن غلب عليه معنى العقوبة ، لهذا فقد عنى الشارع فى القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بأن يبين طبيعة ما يحكم به من تلك الزيادة من أنها من قبيل التعويض للدولة فى مقابل ما ضاع عليها من الضريبة أو ما كان عرضة للضياع بسبب مخالفة الممول للقانون » [2] . كما قضت بأن القانون رقم ١٤٦

---

(١) H. Donnedieur de Vabres; Traité de droit crimenel, 1947. p. 375 et suit. والأحكام التى أشار إليها .

(٢) نقض ١٩ مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ١٨١٨ سنة ٢٠ ق . أحكام النقض س ٢ ق ٢٩٧ ص ٧٨٥

لسنة ١٩٥٠ وإن اختلفت بعض عباراته واتحدت بعض الأحكام فى بعض الأحوال إلا أن المشرع لم يقصد الخروج بالزيادة أو التعويض عن كونه جزاء يلازم الغرامة ، بل إنه ما زال تغلب عليه معنى العقوبة وإن خالطه التعويض[١] .

فالذى استقر عليه القضاء والفقه أيضاً فى مصر هو أن الغرامة المالية لها طبيعة مختلطة بمعنى أنها نوع من الجزاء وتحمل معنى التعويض[٢] ، وهو أيضاً راتباً .

وينبنى على تعرف طبيعة الغرامة المالية على هذا الوجه أنها لا تدخل فى التقدير عند تبيان مناط استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية . بل إن المقياس هو الغرامة الجنائية التى تضمنها ذات النص الذى تناول الغرامة المالية .

رابعاً — الاستئناف المخطأ القانونى

قلنا إن قانون الاجراءات الجنائية عند صدوره بموجب القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ كان يجيز بموجب المادة ٤٢٠ منه الطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، ولما عدلت بعض مواد ذاك القانون بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ تناول التعديل المادة ٤٢٠ سالفة الإشارة إليها ، وأصبح الطعن بطريق النقض غير جائز إلا فى مواد الجنايات والجنح دون المخالفات ، تبعاً لهذا أضيفت فقرة أخيرة إلى المادة ٤٠٢ أ. ج. ونصت على أنه : « فيما عدا الأحوال السابقة لا يجوز

---

(١) نقض ١١ مارس ١٩٥٢ ، القضية رقم ٤٩٥ سنة ٢١ ق . أحكام النقض س ٣ عدد ٢ ق ٢٠٤ ص ٥٤٣

(٢) الأحكام العامة فى قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى السعيد ، طبعة ١٩٥٢ ص ٦٠٥ ؛ شرح قانون العقوبات القسم العام ، للدكتور محمود محمود مصطفى طبعة ١٩٥٤ ص ٥٥٧

رفع الاستئناف من المتهم أو من النيابة العامة إلا بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها ، فما هو مراد الشارع بهذه الفقرة .

وفى سبيل تبيان مقصد المشرع من هذه الفقرة يتعين علينا أن نتعرف مواطن استخدامه لهذه العبارة فى التشريع الراهن ، وكذلك فيما سبقه من قوانين ، لنهتدى لما إذا كان قد أراد حكما جديداً أو انه قد أبقى على النظام الذى كان قائماً من قبل .

كان المشرع فى قانون تحقيق الجنايات الأهلى الصادر فى سنة ١٩٠٤ ينص صراحة فى نهاية المادة ١٥٣ منه على أنه « فيما عدا الأحوال السابقة لا يجوز رفع الاستئناف إلا من المتهم أو من النيابة العمومية ولا يكون ذلك إلا بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها » . وقد تناولت هذه المادة الكلام عن استئناف الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، أما الأحكام الصادرة فى مواد الجنح فإنها كانت قابلة للاستئناف دائماً وفقاً لنص المادة ١٧٥ ت. ج. ا. ولم يكن الطعن بطريق النقض بموجب ذلك القانون جائزاً فى مواد المخالفات . فقد كانت المادة ٢٢٩ منه تنص على أنه « يجوز لكل من أعضاء النيابة العمومية والمحكوم عليه والمسئول عن الحقوق المدنية والمدعى بها فيما يختص بحقوقها فقط أن يطعن أمام محكمة النقض والابرام فى أحكام آخر درجة الصادرة فى مواد الجنايات أو الجنح ، ولا يجوز هذا الطعن إلا فى الأحوال الثلاث الآتية : (الأولى) إذا كان القانون لا يعاقب على الواقعة الثابتة

---

(١) إن الاستئناف فى المخالفات بناء على الفقرة الأخيرة من المادة ١٥٣ من قانون تحقيق الجنايات هو كالنقض فى الجنح والجنايات بناء على المادة ٢٢٩ من ذلك القانون ، فالخطأ القانونى الذى يترتب عليه جواز استئناف الحكم الصادر فى مخالفة هو الخطأ الذى يقع فى تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم ، لا على الواقعة التى يمكن استنتاجها من التحقيقات (بنى سويف ٢٠ فبراير ١٩٢٤ المحاماة ، السنة الرابعة ، رقم ٦٣٨ ص ٨٥٤) .

فى الحكم ؛ (الثانية) إذا حصل خطأ فى تطبيق نصوص القانون على الواقعة كما صار اثباتها فى الحكم ؛ (الثالثة) إذا وجد وجه من الأوجه المهمة لبطلان الاجراءات أو الحكم » .

وأما التشريع المختلط ، فإنه كما سبق لنا القول ، كان يجيز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية من المتهم إذا حكم عليه بعقوبة أخرى غير الغرامة والمصاريف ومن النيابة العمومية إذا طلبت الحكم بعقوبة أخرى غير الغرامة والمصاريف وحكم ببراءة المتهم أو إذا لم يحكم بما طلبته النيابة (م ٢٤٧ ت. م. ج) ثم نصت المادة ٢٥٧ على أنه « يجوز للنيابة العمومية والمحكوم عليه والمدعى بالحقوق المدنية وكذا المسئول عن الحقوق المدنية كل فيما يختص بحقوقه فقط أن يطعن أمام محكمة النقض والإبرام فى أحكام آخر درجة الصادرة فى مواد الجنايات أو الجنح أو المخالفات ، وذلك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ؛ (٢) إذا وقع فى الحكم بطلان ناشىء عن عدم مراعاة إجراء جوهرى ؛ (٣) إذا وقع فى الإجراءات بطلان أثر فى الحكم . . . » .

ويلاحظ أن قانون تحقيق الجنايات الأهلى، كقاعدة عامة قيد حق استئناف الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، وفيما عدا الأحوال التى يجوز فيها ذلك الاستئناف ، فإنه قد جعل لمحكمة الدرجة الثانية رقابة وإشراف بسبب الخطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها ، فأجاز الطعن فى الأحكام المشوبة بهذا العيب بطريق الإستئناف . وكانت محكمة الدرجة الثانية تقوم فى هذه الحالة مقام محكمة النقض بصدد الأحكام الصادرة فى مواد الجنايات والجنح بالنسبة للوجه الثانى من أوجه النقض المنصوص عليها فى المادة ٢٢٩ ؛ وبذا كان ذاك القانون منطبقاً مع نفسه حين حرم الطعن بطريق النقض فى مواد المخالفات بعد أن جعل للمحكمة الاستئنافية تقوم بمهمة محكمة النقض فى صحة تطبيق نصوص القانون وتأويلها .

وكذلك كان قانون تحقيق الجنايات المختلط منطقياً فى القواعد التى استنها فى هذا السبيل ، فإنه قد جعل القاعدة العامة تقيد حق النيابة العامة فى استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية ، سواء فى مواد المخالفات أو الجنح ، وفى غير الأحوال التى يجوز فيها الاستئناف ، فإن كان الحكم مشوبا بعيب من أوجه النقض جاز الطعن عليه أمام محكمة النقض .

ويأتى بعد هذا موقف الشارع بالنسبة للقواعد التى أتى بها فى قانون الإجراءات الجنائية ، فقد سبق أن قلنا أنه أجاز عند صدوره الطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، ثم عدل عن هذا بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ ، وقد استتبع هذا أن يمنح المحكمة الاستئنافية حق مراقبة صحة تطبيق القانون وتأويله فى الأحوال التى لا يجوز فيها أصلا الطعن بطريق الاستئناف ، بيد أنه كان يجب أن يقصر هذا الحق على الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، ومع ذلك فقد جاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ مطلقة تشمل الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات وتلك الصادرة فى مواد الجنح رغم أن المشرع أفصح فى مذكرته الإيضاحية عن أنه استحدث الفقرة المشار إليها بعد أن ألغى طريق النقض فى مواد المخالفات عودة منه إلى ما كان عليه الحال فى ظل قانون تحقيق الجنايات الأهلى . ولذا كان من المتعين أن ينص صراحة فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ التى أضيفت بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ على أن تطبيقها قاصر على الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات[١].

ولقد سبق أن تساءلنا عن مراد الشارع من عبارة الخطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها . لقد وردت هذه العبارة بقانون الإجراءات الجنائية فى موطنين ، الأول فى المادة ١٩٥ منه والتى نصت على الطعن بطريق النقض فى إقرار غرفة الاتهام فقالت فى صدرها « لا يجوز الطعن المذكور

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ والسابق الاشارة إليها .

النقض فى أوامر غرفة الاتهام فقالت فى صدرها « لا يجوز الطعن المذكور فى المادتين السابقتين إلا لخطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها .. » والموضع الآخر هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ ا. ج. والتى سبق ذكرها فهل قصد المشرع من العبارتين معنى واحداً أم هما يختلفان حالة عن الأخرى ؟

أصدرت محكمة النقض فى تفسير هذه العبارة فى النصين المشار إليهما عدة أحكام فقالت عن المادة ١٩٥ ا. ج. أنه « لما كان الشارع فى المادة ١٩٥ من قانون الإجراءات الجنائية قد قصر حق الطعن بطريق النقض فى الأوامر الصادرة من غرفة الاتهام بأن لا وجه لإقامة الدعوى عن حالة الخطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها ، وهذه العبارة الأخيرة أضافتها لجنة التنسيق لما رأته من لزومها فى بيان حدود حق الطعن المخول للنائب العام وللمدعى المدنى[1]، لما كان ذلك وكان ما يثيره الطاعن من قصر فى أسباب القرار المطعون فيه بعدم الرد على أدلة الإتهام التى تقدم بها الطاعن ومن استناد القرار إلى أوراق لم يطلع عليها وما ذهب إليه فى نفى جريمة التبديد استناداً إلى واقعة قيام المطعون ضده بسداد المبلغ المدعى بتبديده إلى بنات أخت الطاعن تنفيذاً لالتزام الطاعن لهن ، وما انتهى إليه الحكم من أن هذا السداد مبرىء ذمة المطعون ضده . كل ذلك لا يعتبر خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها مما يجوز معه الطعن بطريق النقض من المدعى بالحق المدنى فى الأمر الصادر من غرفة الاتهام بأن لا وجه لإقامة الدعوى طبقاً للقانون[2].

---

(١) ومن تقرير لجنة التنسيق « أضيفت إليها عبارة (وذلك لخطأ فى تطبيق القانون أو فى تأويله) لأنها لازمة لبيان حدود حق الطعن المخول للنائب العمومى والمدعى المدنى » . وقد جاء فى تعليمات النيابة العامة الصادرة بشأن تنفيذ قانون الاجراءات الجنائية فى المادة ١٢١ منها عن المادة ١٩٥ ا. ج « وفى غير هذه الأحوال الثلاث لايجوز الطعن فى الأوامر الصادرة من غرفة الاتهام ، ولا يجوز الطعن فيها إلا لخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله ، فلا يجوز الطعن لبطلان دفع فى الأمر ولا لبطلان دفع فى الاجراءات » .

(٢) نقض ٢٩ يونيه ١٩٥٤ القضية رقم ٢١١٧ سنة ٢٣ ق ، أحكام النقض س ٥ عدد ٣ ق رقم ٢٦٧ ؛ وراجع أيضا نقض ٣ مارس ١٩٥٣ القضية رقم ١٢٧٣ سنة ٢٢ ق س ٤ عدد ٢ ق رقم ٢١٧.

وفى صدد تفسير نص المادة ٤٠٢ فقرة أخيرة من قانون الاجراءات الجنائية قالت « إن الشارع إذا نص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه فيما عدا الأحوال السابقه لايجوز رفع الاستئناف من المتهم أو من النيابة العامة إلا بسبب خطأ فى تطبيق نصوص القانون أو فى تأويلها » ، لم يقصد أن يكون الاستئناف مقصوراً فقط على الحالة الأولى من حالات الطعن بطريق النقض المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٤٢٠ من ذلك القانون ، وإنما فقط الخطأ فى تطبيق نصوص القانون بمعناه الواسع بحيث يشمل الحالات الثلاث المشار إليها فى تلك المادة ، ذلك بأنه من غير المقبول أن يغلق باب الطعن فى الحكم بطريق الاستئناف فى الأحوال المشار اليها فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٢٠ المشار إليها بينما يبقى الطعن فيها بطريق النقض جائزاً ، ولا يوجد مسوغ أو حكمة تشريعية للتفريق بين الحالتين ، لما كان ذلك فإنه يجب التسوية بين الحالات الثلاث المشار إليها ، ولما كان ماينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه جاء باطلا لاخلاله بحق الدفاع ، فإن استئنافه كان جائزاً لاستناده إلى خطأ فى الحكم فى تطبيق القانون ، ويكون الطعن بطريق النقض غير جائز[1].

ومع أن العبارة التى وردت فى المادة ١٩٥ ا.ج. هى ذات العبارة التى وردت فى الفقرة الأخيرة من المادة ٤٢٠ ا.ج. ، إلا أن الذى يؤخذ من أحكام محكمة النقض السالفة الاشارة إليها أنها قصرت تفسير المادة ١٩٥ على الوجه الأول من وجهى الطعن بالنقض ، بينما جعلتها فى المادة ٤٠٢ فقرة أخيرة ، تشمل الوجهين معاً ، فهل يمكن قبول هذا الذى انتهت إليه المحكمة العليا ، أم أنه كان يتعين عليها أن تسوى بين المادتين وتطبق قاعدة واحدة ، وأى التفسيرين هو الأصح والذى يتمشى مع مقصد الشارع ؟

---

(١) نقض ٥ أكتوبر ١٩٥٤ القضية رقم ٩٧٨ سنة ٢٤ ق . ولم ينشر بعد .

إن المتتبع للتطور التشريعي فى مصر يجد أن عبارة الخطأ فى تطبيق نصوص القانون وتأويلها إنما كانت تنصرف فى القوانين السابقة على قانون الاجراءات الجنائية إلى الخطأ القانونى بصدد إعمال نصوص قانون العقوبات والقوانين الخاصة التى تنشىء الجرائم وتنص على عقوبات لها فقط ، ولم يوجد فى الأعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية لقانون الاجراءات الجنائية مايستشف منه أن المشرع قد ابتغى باستعماله تلك العبارة فى ذاك القانون معنى غير ماكان مستقر عليه فى ظل التشريع السابق . وإذن وفقاً للنصوص التشريعية القائمة يكون ما انتهت اليه محكمة النقض فى تفسيرها للمادة ١٩٥ من قانون الاجراءات الجنائية هو قضاء سليم ، بمعنى أن عبارة الخطأ فى تطبيق نصوص القانون أو تأويلها إنما يتصرف فى معناه الى الوجه الأول من وجهى النقض المنصوص عليها فى المادة ٤٢٠ من قانون الاجراءات الجنائية . أما الحكم الذى أصدرته فى صدد تبيان مدى تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية فهو محل نظر . فهو لم يستظهر وجه التفرقة لتفسيره عبارة الخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله التى جاءت فى المادتين ١٩٥و٤٠٢/٣من قانون الاجراءات الجنائية تفسيراً ضيقاً بالنص الأول وواسعاً فى الآخر . ولقد كان قانون تحقيق الجنايات المختلط ينص على مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أوفى تأويله كوجه من أوجه النقض وكانت هذه العبارة محل نقد تأسيساً على أن مخالفة القانون تشمل كل أوجه الطعن بالنقض ، وأن الغرض من الوجه الأول هو مجرد الخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله على الواقعة التى تثبت للمحكمة [1] . ومع أن هذا كله يدل على المراد الضيق من عبارة الخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله فإن محكمة النقض قد ذهبت إلى تفسيرها تفسيراً واسعاً . وإن ماذهبت إليه المحكمة العليا من قول بأنه من غير المقبول أن يتعلق باب الطعن

---

(١) كما كان الحال بالنسبة للوجه الثانى من أوجه النقض التى أوردها قانون تحقيق الجنايات الأهلى .

بالأستئناف فى الأحوال المشار اليها فى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٢٠ من قانون الاجراءات الجنائية بينما يبقى الطعن بطريق النقض جائزاً ، وأنه لايوجد مسوغ أو حكمة تشريعية للتفرقة بين الحالين ، هذا القول من جانبها وإن كان يبدو فى الظاهر متسقاً مع المنطق إلا أنه لا يتمشى مع مدلول العبارة الفعلى والمراد منها على ضوء ما سبق أن سقناه . وما كان أحرى المحكمة أن تبين المسوغ أو الحكمة التشريعية فى التفرقة بين المراد من ذات العبارة فى نصى المادتين ١٩٥ و٤٠٢ /٢ ا. ج. وفضلا عن هذا فقد سلف بيان أن الغرض من اضافة الفقرة الأخيرة للمادة ٤٠٢ ا.ج. بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ هو إيجاد اشراف على تطبيق القانون وتفسيره من محكمة الدرجة الثانية فى مواد المخالفات فقط بعد أن ألغى طريق الطعن فى الأحكام الصادرة بشأنها بطريق النقض، وأن عبارة النص قد جاءت عامة بالنسبة للأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية بغير مبرر مفهوم. وقد قصد المشرع الاكتفاء بالوجه الأول من وجهى الطعن بالنقض أى الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله ضناً منه بضياع وقت المحاكم فى مثل هذه الجرائم البسيطة .

خامساً — استئناف الجرائم المرتبطة

ولقد استحدث المشرع المصرى حكماً جديداً ضمنه المادة ٤٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية تناول فيه حكم اجازة الاستئناف من عدمه بالنسبة للجرائم المرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة فنصت تلك المادة على أنه « يجوز استئناف الحكم الصادر فى الجرائم المرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة فى حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات ولو لم يكن الاستئناف جائزاً للمستأنف إلا بالنسبة لبعض هذه الجرائم فقط » .

قد يحدث أن يسند إلى المتهم مقارفة عدة جرائم يرتبط بعضها بالبعض الآخر فى حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات والتى تنص على أنه « إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم

بعقوبتها دون غيرها . وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم » . فني مثل هذه الصور تكفل المشرع ببيان حكم القانون فيها بما نص عليه فى المادة ٤٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية السالفة الاشارة اليها . وقد بسطت المذكرة الايضاحية حكمة التشريع وأنها لتفادى التعارض بين الأحكام[1].

ويلاحظ أن صياغة نص المادة ٤٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية بوضعها الراهن مدعاة للنقد ، فقد كان مشروع قانون الاجراءات الجنائية كما تقدمت به الحكومة يقتصر فى عبارته على « الجرائم المرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة » ، وأضافت المذكرة الايضاحية أنه قد يكون بعض هذه الجرائم مما لا يجوز استئناف الحكم الصادر فيه ، وأنه منعاً للتعارض أجيز استئنافها مع الأحكام الأخرى الجائز استئنافها ، أى أن مشروع الحكومة افترض صدور عدة أحكام مستقلة عن كل جريمة من الجرائم المرتبطة ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة . وقد أضافت لجنة الاجراءات الجنائية لمجلس الشيوخ عبارة « فى حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات »[2]. وإذا أمعنا النظر فى الصورة التى تتناولها المادة ٤٠٤

(١) وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لقانون الاجراءات الجنائية « وقد بين المشروع فى المادة ٤٣٠ (٤٠٤ الحالية) فى حالة صدور حكم فى جرائم مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا لا يقبل التجزئة وكان بعض هذه الجرائم لا يجوز استئناف الحكم الصادر فيه ، فأباح لمن يجوز له استئناف الحكم بالنسبة لبعض هذه الجرائم أن يستأنفه بالنسبة للبعض الآخر وذلك منعا للتعارض ، فاذا اتهم شخص بمخالفة لائحة السيارات وتسبب بذلك فى قتل إنسان وقدم للمحاكمة عن الجريمتين ، فانه يجوز للمحكوم عليه أن يستأنف الحكم بالنسبة للجريمتين معاً ، ولو كان الحكم فى المخالفة غير جائز استئنافه بناء على القواعد المتقدمة » .

(٢) وقد جاء فى تقرير لجنة الاجراءات الجنائية لمجلس الشيوخ « المفهوم من عبارة الجرائم المرتبطة ببعضها ارتباطا لا يقبل التجزئة الجرائم التى يجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم فيها بالعقوبة المقررة لأشدها طبقا للمادة ٣٢ من قانون العقوبات ، وبذلك رأت اللجنة أن تضيف بعد عبارة ارتباطاً لا يقبل التجزئة » عبارة « فى حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات » .

نجد أنها لا تخرج عن فرضين ، الأول أن يحكم القاضى بالعقوبة المقررة للجريمة الأشد إعمالا لنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، وفى هذه الصورة ينصب الاستئناف على حكم واحد ، وهو متناول تبعاً جميع الجرائم الأخف من تلك التى صدرت بشأنها العقوبة ، ومن ثم لم يكن هناك حاجة لمثل النص المشار اليه . والفرض الآخر أن يحكم القاضى بالعقوبة المقررة لكل جريمة على حدة ضاربا صفحاً — وبخطأ — عن إعمال حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات . وفى هذه الصورة يجوز الاستئناف دائما للخطأ فى تطبيق نصوص القانون وفقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية ، والمشرع عندئذ فى غنى عن نص المادة ٤٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية .

ولقد كان لنص المادة ٤٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية محلا قبل تعديل القانون بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ وإضافة فقرة أخيرة إلى المادة ٤٠٢ منه ، إذ أنه قبل هذا التعديل ما كان يجوز المساس بحكم صادر فى جريمة غير جائز الاستئناف مهما كانت مرتبطة بجريمة أخرى قضى فيها بحكم جائز الاستئناف ، حتى وإن أخطأ القاضى ولم يعمل حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، فأورد المشرع حكم المادة ٤٠٤ لملافاة النتائج التى قد تسفر عن هذه الحالة .

وخلاصة ما تقدم أن نص المادة ٤٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية بصياغته الراهنة يغنى عن نص المادة ٤٠٤ منه .

خاتمــــة

بعد أن عرضنا مناط استئناف النيابة العامة للأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية فى مواد المخالفات والجنح ، وجب علينا أن نضع فى الميزان هذا المقياس الذى أقامه المشرع لنرى ما إذا كان يحقق الغرض منه ويتوخى الحكمة التى اتبعت من إجازة الطعن بطريق الاستئناف من عدمه .

فالاستئناف هو فتح باب لاصلاح ما قد يقع فيه قاضى المحكمة الجزئية من خطأ ، ويرجى من ورائه تحرى الحقيقة وإعمال حكم القانون عليها إعمالا صحيحاً ، وما دام الأمر هكذا ، فإن الأصل أن توضع النيابة العامة والمتهم على قدم المساواة عند تحديد الضابط لمناط استئناف كل منهما وجعله واحداً فى الحالين ، ومع هذا فالقواعد القائمة تجعل مناط استئناف النيابة العامة هو طلباً منها حين أن حق المتهم فى استئناف الحكم الصادر فى الدعوى إنما سيتوقف على ما يقضى به . والنتيجة العملية لهذا أن النيابة العامة تستطيع دائماً أن تحفظ لنفسها الحق فى استئناف الحكم الصادر فى الدعوى بأن تجعل طلباتها بما يجيز لها الاستئناف ، فإن قضى لها بما ابتغته كان بها ، وإلا فإنها إن شاءت طعنت فى الحكم بطريق الاستئناف . أما المتهم فإنه لا يدرى ما إذا كان الحكم الذى سوف يصدر فى الدعوى يجوز له استئنافه من عدمه ، وليس أمامه سوى التريث حتى النطق بالحكم ، وهو عندئذ قد يكون محروماً من حق الاستئناف فى وقت قد يكون للنيابة العامة فيه استئناف الحكم الصادر فى الدعوى . حقاً ان المتهم قد يستفيد من الاستئناف الذى تقيمه النيابة العامة ، ولكن بفرض أنها ارتضت الحكم الصادر فى الدعوى فإنه لا يكون أمام المتهم إلا أن يرضخ لتنفيذه .

ولقد هدف المشرع بإلغاء طريق الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات إلى أن لا يطرح على المحكمة العليا إلا الأحكام الصادرة فى الجرائم الهامة ، الأمر الذى اقتضاه تعديل المادة ٤٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية ، ومع هذا فقد جاءت الفقرة الأخيرة من تلك المادة مطلقة أى أجازت الطعن بطريق النقض فى مواد المخالفات والجنح لخطأ فى تطبيق القانون أو تأويله . ومعنى هذا أنه يجوز الطعن فى مواد الجنح للخطأ فى تطبيق القانون وتأويله مرتين ، الأول بطريق الاستئناف والأخرى بطريق النقض ، وما كان المشرع يهدف لهذا وإنما هو سوء الصياغة الذى أوصل إلى هذه النتيجة .

وفضلاً عن هذا فإن الشارع حين وضع ضوابط الاستئناف إنما أراد تفادى ما يؤدى إليه سوء استعمال هذا الطريق من طرق الطعن من تضخم المحاكم بقضايا غالباً ما ينتهى القضاء فيها إلى تأييد الحكم الصادر من المحكمة الجزئية . ومع هذا فقد ضاع هذا الغرض حين فتح بابا واسعاً للطعن بالاستئناف بإجازته عند قيام الخطأ فى تطبيق نصوص القانون وتأويلها مع وجود الطعن بطريق النقض لذات السبب ، وإنه مهما انتهى الأمر فى مثل هذه الطعون إلى القضاء بعدم جواز الاستئناف فإنه لم يدفع عيب طرح القضايا أمام محكمة الدرجة الثانية بغير مبرر ، وهو ما رام المشرع تلافيه .

ومع أن المشرع قد ابتغى بإضافة فقرة أخيرة إلى المادة ٤٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية بموجب المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ أن يجعل للمحكمة الاستئنافية سلطان محكمة النقض بصدد إعمال الحكم الصحيح للقانون فإنه قد اقتصر فى عبارته — وفق ما انتهينا إليه فى التفسير — على تناول الحالة الأولى فقط من حالتى النقض ، مع أن هذا لا يتفق وحكمة التشريع ، الأمر الذى دعا المحكمة العليا إلى التوسعة فى تفسيرها وتحميل عبارتها فوق ما تحتمل .

وفى رأينا إزاء هذا أنه كان من الأوفق أن يبقى نص المادة ٤٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية على حاله بمعنى أنه يجوز الطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، لأن من تلك الأحكام ما يترتب عليه نتائج فى غاية الخطورة مثل إغلاق مصنع كبير أو هدم بناء ضخم ، ولأن الأصل فى الإشراف على حكم القانون فى جميع المواد إنما يكون للمحكمة العليا حتى تتسق المبادىء القانونية التى تقررها تلك المحكمة . وأخيراً فإن الطعن بطريق النقض إنما يتم بإجراءات وقيود وتقلل من الالتجاء إليه إلا لمن يعتقد أنه صاحب حق فى طعنه ، حين أن فتح باب الاستئناف

على مصراعيه بجعل التقرير به ميسوراً لغير ما سبب صحيح ، ويزداد عدد القضايا المطروحة على محاكم الدرجة الثانية وهو ما يهدف المشرع إلى علاجه[1].

وأما مناط استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية فى مواد المخالفات والجنح فإنه ينبغى أن يوحد بالنسبة للنيابة العامة والمتهم ويكون على الوجه الآتى : « يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة المواد الجزئية فى المخالفات والجنح إذا قضى فيها بعقوبة مقيدة للحرية أو بعقوبة تكميلية » .

وهذا المناط يجعل المقياس واحداً بالنسبة للنيابة العامة والمتهم، ويرفع عيب النص الحالى من احتفاظ النيابة العامة دائماً لحقها فى الاستئناف فى الوقت الذى يحرم منه المتهم . وهو يتناول العقوبة المقيدة للحرية لخطورتها بالنسبة للمتهم ، ولأنه قد يستفيد من استئناف النيابة إن فاته استعمال حقه . ويتناول هذا المقياس أيضاً العقوبات التكميلية لما قد يترتب من نتائج بالغة الخطورة . وأخيراً فإنه لم يشمل الخطأ القانونى اكتفاء بسلطان محكمة النقض فى هذا الصدد[2].

---

(١) وتجيز المادة ٤٠٧ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة من آخر درجة فى مواد الجنايات والجنح والمخالفات .

(٢) ويفرق المشرع الفرنسى بين حق الاستئناف فى مواد المخالفات والجنح ، فالمادة ١٧٢/١ المعدلة بالقانون الصادر فى ١٤ أبريل ١٩٥٢ تجيز للمتهم الطعن بطريق الاستئناف فى الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات بالحبس أو إذا كانت الغرامة والرد والتعويضات تزيد على مبلغ ١٢٠٠ فرنكا . وبموجب الفقرة الثالثة من المادة ١٧٢ المعدلة بالقانون الصادر فى ٢٥ سبتمبر ١٩٤٨ يحق لجميع الخصوم فى الدعوى الطعن بطريق الاستئناف فى مواد المخالفات إذا كانت العقوبة المقررة لها لا تزيد على الحبس لمدة خمسة أيام أو غرامة تزيد على ألفى فرنك وأما الاستئناف فى مواد الجنح فهو جائز دائماً بالنسبة لجميع الخصوم فى الدعوى (م ١٩٩ و٢٠٢ ت.ج. ف.) و (راجع فى هذا الصدد H. Donnedier de Vabres Traité de droit criminel. 1947. p. 846 et suit. Dalloz Encyclopédie Juridique. 7. 1. p. 132) .

شرعية الثورة

فى الفلسفة السياسية

للدكتور محمد طه بدوى
أستاذ العلوم السياسية بجامعة الاسكندرية

تمهيد وتعريف

لم يك حق المقاومة — ومن باب أولى حق الثورة — من بين الحقوق التى لاقت رواجا لدى الفكر السياسى المعاصر والنظم القائمة عليه . إن وجود هذا الحق يفترض أن تكون السلطة العامة مقيدة ، وأن تكون ثمة نواحى نشاط معينة محرمة عليها ، كما يفترض وجود ميدان مخصص للفرد محرم على هذه السلطة ، وهو كذلك ينطوى على السماح للفرد بأن يقرر عدم التضامن مع الجماعة التى ينتمى اليها إن هى جارت عليها ، فى حين أن فكرة الدولة المعاصرة لا تتسع لأى من ذلك كله . ومن ناحية أخرى فإن النظم السياسية المعاصرة، سواء فى ذلك ما كان منها اشتراكى النزعة أو فردى ، تزعم جميعاً أنها قد قامت على أنقاض سلطات ونظم جائرة حركت بتحكمها حق مقاومة الجور الذى وقف للتحكم والعسف وجها لوجه حتى قضى عليه، ثم نشأت على أنقاضه تلك النظم الديمقراطية الجديدة التى قامت بإرادة الشعوب ولا تزال تباشر فى ظلها السلطات وفقاً لهذه الإرادة ، ومن ثم أصبح — تمشيا مع هذا المنطق — لا محل لحق المقاومة فى ظل هذه النظم الجديدة بل وأضحى الاتجاه اليه ينظر له على أنه وسيلة لتفريق كلمة الأمة صاحبة السيادة وتعطيل للسلطة الشعبية ، وكما أنه لا يجوز أن تكون ثمة حريات ضد الحرية كذلك لا يجوز أن يكون ثمة حق مقاومة ضد سلطة هى نفسها وليدة مقاومة نظام جائر والقضاء عليه . هذا علاوة

على أن الاعتراف بحق المقاومة يتضمن الاعتراف باحتمال وقوع الجور والعسف من جانب السلطة العامة وهذا ما تبرىء النظم المعاصرة سلطاتها منه بحجة أن الهيئة الحاكمة تمثل فى هذه النظم الأمة صاحبة السيادة ، تباشر عنها سيادتها وتعمل بارادتها ولحسابها ، فأوامرها هى أوامر الأمة ، ولا يعقل أن يقع جور من الأمة على نفسها . واستناداً إلى ذلك تتضمن جميع التشريعات المعاصرة نصوصاً تجعل من المقاومة أمراً غير مشروع وتصب على مزاولتها أشد العقوبات وأقساها . صحيح أن التاريخ قد عرف ثورات عدت مشروعة ولكن لم يعترف بشرعيتها إلا بعد أن تحقق لها النصر وقبض زعماؤها على أداة الحكم ، ولو أن الفشل كان نصيبها لما تجاسرت محكمة ما فى الدولة أن تبرىء قادتها بحجة أن الحكومة القائمة كانت جائرة ، ومن ثم كانت الثورة عليها عملا مشروعا لا يقع تحت طائلة القانون .

حقيقة أن ثمة قوانين وضعية قد عنت بمسألة مقاومة الجور معترفة بها كحق ثابت للمحكومين قبل الحكام ، حال وثائق إعلان الحقوق التى صدرت إبان الثورة الفرنسية الكبرى ، عدا أن هذه الوثائق لم تعن بتنظيم الوسائل التى تضمن لهذا الحق المزاولة مما جعل مهمة النص على المقاومة والثورة يقتصر على التعبير عن إرادة واضعى الوثيقة وتحديد طبيعة النظام السياسى الذى سيقوم على أساسها . وفيما عدا ذلك فليس ثمة دستور واحد من دساتير الديمقراطيات الشعبية التى قامت فى فرنسا وغيرها من بعد ذلك حتى يومنا هذا يعترف بحق الثورة ، وإنما على النقيض من ذلك تجمع هذه الدساتير على اعتبار المقاومة جريمة تهدد سلامة الجماعة وأمنها .

وليس من شك فى أن حكمة تحريم القانون الوضعى للمقاومة تنحصر فى حمل الفرد على تقديس النظام والتضحية من أجله . ولكن أي نظام جدير بذلك التقديس وبتلك التضحية ؟

كلنا نعلم أن سقراط قد فضل الامتثال لحكم جائر على أن يكون قدوة لأتباعه ومواطنيه فى التنكر للقوانين . وكلنا نعلم أن عمله هذا عد منه تضحية لا تدانيها تضحية لأنه قدم حياته فى سبيل تقديس النظام . ولكن مثل هذه التضحية لا بد من أن تكون فى سبيل نظام جدير بها . إن النظام لا يكون بداهة جديراً بالتضحية من أجله إلا اذا كان من شأنه أن يهدف فى النهاية إلى إسعاد الجماعة . إن السلطة لم تخول للحكام لصالحهم هم وإنما لتمكن لهم فى سبيل تحقيق أسباب إسعاد المجتمع بأسره . إن السلطة ليست فى ذاتها هى الهدف الذى يرمى النظام إلى تحقيقه ، كما أن النظام ليس هو فى ذاته الغرض الذى تسعى وراءه الجماعة ، وإنما تخول السلطة للحكام كوسيلة لتحقيق النظام ، ويحقق النظام كوسيلة لإسعاد المجتمع . فالسلطة وسيلة إلى النظام ، والنظام وسيلة إلى إسعاد المجتمع ، وهما معا وسيلتان يهدفان فى النهاية إلى تحقيق غاية واحدة هى تلك الغاية التى ينشدها الأفراد ويرجونها من وراء الحياة فى جماعة ، ألا وهى السعادة والأمن للجميع . فإذا فرض النظام لصالح الحكام دون المحكومين وتمكينا للحاكمين بغير الحق فإنه يكون قد حاد عن وظيفته ، ومن ثم فهو نظام جائر والسلطة التى تهدف إلى تحقيقه غير مشروعة ، وكلاهما غير جدير بالتضحية من أجله . بل على النقيض من ذلك بدل تقديس السلطة يتحتم مناهضتها وفى مكان احترام النظام والامتثال له تحل النقمة والثورة عليه . إن المقاومة تستمد شرعيتها من النظام نفسه ، لأنها وسيلة من وسائل تدعيمه وتطهيره أولا بأول من كل مايشوبه لحساب الحكام دون المحكومين فيجعله جائراً بعد أن كان نظاماً عادلا يرجى من ورائه الخير للمجموع . وهى لذلك تعتبر وسيلة شعبية فعالة من وسائل رقابة الهيئة الحاكمة ، وحق الشعب فيها وليد حقه فى رقابة حكامه ، ومن ثم لاسبيل إلى انكارها عليه إلا إذا تقدم ذلك إنكار حقه فى تلك الرقابة ، وليس هذا بالأمر الهين فى ظل الديمقراطية الحقة ، إن مقاومة الهيئة الحاكمة إن جارت فى ظل النظام الديمقراطى حق يخلص

للشعب من نفس المبادىء التى يقوم عليها هذا النظام ، وذلك دون ما حاجة إلى الاعتراف به بنص تشريعى صريح . فاذا حرم القانون الوضعى فى ظل نظام ديمقراطى مزاولة هذا الحق فانه يكون قد حرم بذلك على الشعب الافادة عملا بمبدأ أساسى من المبادىء التى يقوم عليها النظام الديمقراطى نفسه هو مبدأ سيادة الأمة مما يجعل هذا المبدأ مجرد عبارة خاوية لا نصيب لها من الواقع . كيف تكون السيادة للأمة فى الوقت الذى حرم عليها مراقبة مندوبيها فى مباشرة هذه السيادة عن طريق مقاومتهم إن هم حادوا عن الطريق المرسوم لهم فى الحكم . إن الجمع بين النظام الديمقراطى وتحريم المقاومة جمع بين متناقضين وقضاء على ركن من أركان الديمقراطية . ولذا فان إنكار القانون الوضعى لحق المقاومة الشعبية وتحريم مزاولته يجافى الديمقراطية الحقة بل ويتعارض معها ، وذلك على الرغم مما يقال على نحو ما أسلفنا تبريراً لتحريم المقاومة فى ظل النظم الديمقراطية المزعومة . إن الديمقراطية نظام من شأنه رد كل أمر يعنى الجماعة اليها ، فحكومتها من الشعب وللشعب والسيادة للأمة فلا سلطان للحكام إلا ذلك الذى يخول لهم من المحكومين ويرضون به . ويخلص من ذلك أن مقاومة جور الحكام فى ظل النظام الديمقراطى حق للشعب يستمد من النظام نفسه دون حاجة إلى الاعتراف به بنص وضعى صريح ، وأن كل قاعدة وضعية تصدر فى ظل نظام ديمقراطى من شأنها تحريم مزاولة هذا الحق على الشعب تفقد النظام ركناً من أركانه الجوهرية .

بل وثمة رابطة لا سبيل إلى انكارها تربط المقاومة بالحرية الفردية بل بالطبيعة البشرية نفسها . إن مقاومة الفرد للجور ما هى فى الواقع إلا مظهر من مظاهر مباشرة ذلك الحق الطبيعى الخالد « حق الدفاع عن النفس » . إن ذلك الحق ضرورة يقتضيها بقاء الإنسان نفسه وما هو فى الواقع إلا تعبير وتسجيل لغريزة حب البقاء ، فانكاره إنكار لغريزة بشرية ، ومن ثم فكل محاولة فى هذا الشأن مصيرها الفشل المبرم . إن حق الدفاع

عن النفس ـــ شأن غريزة حب البقاء ـــ يلازم الفرد من الولادة إلى الموت ولا سبيل إلى انكاره عليه ، إنه حق طبيعي ينشأ للفرد لمجرد كونه إنسانا وليس ثمة سلطة تملك أو تستطيع نزعه منه لأنه من مقومات الإنسانية نفسها . لذلك ظل هذا الحق الطبيعي قائماً على الرغم من نشأة القانون الوضعي وسواء فى ذلك أقر هذا القانون وجوده أم أنكره ، لقد كان لهذا الحق مظهراً واحداً فى الحياة البدائية ينحصر فى حق الفرد فى مقاومة ما يقع عليه من تعد من جانب فرد آخر ، فلما قامت الجامعات السياسية (نظام الدولة) وانقسمت الجماعة إلى هيئة حاكمة وأخرى محكومة أصبح للمقاومة وظيفة جديدة هى حماية الفرد مما يقع عليه من تعد من جانب الحاكم ، ومن ثم أضحى لذلك الحق الطبيعي مظهر آخر هو حق الفرد فى مقاومة هذا النوع الجديد من التعدى الذى يقع على الفرد نتيجة لتجاوز الهيئة الحاكمة لوظائفها أو لتعسفها فى استعمال سلطتها . إن هذا المظهر الجديد لحق الفرد الطبيعي فى الدفاع عن النفس هو حق الفرد فى مقاومة جور الحكام . ولقد أقر القانون الوضعى المظهر الأول من مظهرى هذا الحق الطبيعي ونظم مباشرته مطلقاً عليه اسم « حق الدفاع الشرعى » . أما المظهر الثانى فإن القوانين الوضعية لم تكتف بعدم إقراره فحسب وإنما ذهبت إلى حد تحريم مزاولته تحريما مطلقا معتمدة على فكرة حماية كيان الجماعة وصيانة النظام ودون أن يشغلها بداهة أمر التمييز بين النظام العادل والنظام الجائر لأن جميع الوسائل عندها مشروعة مادامت تحقق فى النهاية التمكين للهيئة الحاكمة .

هذا وقبل العرض لرأى الفلسفة السياسية فى حق الثورة ننبه إلى أن الجور ليس معناه حتما قسوة الوسائل التى تلجأ اليها السلطة العامة وشدة الاجراءات التى تتخذها إزاء الأفراد ، وإنما الجور هو تحكم السلطة فيما تتخذه من إجراءات قبل الأفراد فتأتى أوامرها مجافية لروح القانون والعدالة ،

متمشية مع أهواء الحكام ، ولا عبرة فى ذلك لدرجة قسوتها . فقد تجافى أوامر الحكام روح القانون والعدالة دون أن تكون قاسية شديدة الوقع فى نفوس الأفراد ومع ذلك فهى تحكمية جائرة ، وقد تكون اجراءات السلطة العامة قاسية شديدة الوقع فى نفوس الأفراد وهى مع ذلك عادلة لا جور فيها ما دامت أنها قد اتخذت وفق روح القانون والعدالة ، وعلى هذا الأساس يكفى لاعتبار النظام جائراً أن تجزع الجماعة من المبادىء التى يقوم عليها ولو لم تكن شديدة أو قاسية . ولما كان مصدر جزع الجماعة هو جزع الفرد ، هذا الجزع الذى يصدر الفرد على أساسه حكمه ويبدى رأيه فى سلوك الحكومة إزاءه ، فانه يستتبع ذلك كون المقاومة — وإن كانت جماعية فى مزاولتها — فردية المنبت . إن المقاومة تنبت فى نفس الفرد وتخرجها إلى حيز الوجود أحكام الأفراد وتقديرهم لمدى اقتراب الوسائل والاجراءات التى تتخذها الحكومات من روح القانون والحق أو مجافاتها اياها . إن « محرك » المقاومة وعرقها النابض ليست الجماهير ولا الخطباء وإنما هو الفرد الذى يتذوق السياسة ويفقهها فلا تخدعه حيل السلطان .
إن الذى يقف للسلطة العامة بالمرصاد ليس فوضويا ولا مثيراً للفتنة ، وإنما هو على عكس ذلك يمثل روح النظام والاستقرار ، إنه يقدس القوانين والأوامر ولو كانت قاسية فيقبل أن يقرع بالعصا إن هى اقتضت ذلك ، ولكنه إن لم يك فوضويا فانه حريص ممحص فهو لا يقبل أن يقرع بتلك العصا قبل أن يتحقق من أية شجرة قطعت ، انه حريص على احترام القوانين والأوامر بصرف النظر عن درجة قسوتها أو شدتها ولكنه أشد حرصا على تبين مصدرها والتأكد من شرعية السلطة التى أصدرتها وسندها فى الاصدار . وهو إذ يحرص على ذلك لا يهدف إلى شق عصا الطاعة وإنما هو التفكير والتبصر والوعى السياسى . إن الأمر بالنسبة لمواطننا هذا لا يتطلب منه أن يجوب الطرقات متظاهراً ضد السلطة العامة فهذا من شأن غيره ، لأن الذى يتظاهر ضد هذه السلطة كثيرا ما يتظاهر هو بعينه لحسابها ، وإنما يكفى المواطن المفكر المتبصر ذا الوعى السياسى

الناضج أن يظهر أنه ليس بالبسيط الذى يخدع ولا بالمتساهل الذى يرضى بالأمر الواقع فيسلك بذلك مسلكا مناقضا لمسلك المواطن المتقاعد أو ميت الوعى الذى يرضى بكل نظام قائم يهونه على نفسه مهما كان جائرا بل ويتكلف التبسم له إن طلب اليه ذلك .

إن تحكيم العقل والتمحيص والحكم الحر السديد هى من أهم مقومات الوعى السياسى لدى المواطن ، وهى كذلك بالنسبة لمقاومة الجور . إنها هى التى تتولد عنها فكرة المقاومة ، وهى التى تخرج هذه الفكرة إلى حيز الوجود ثم تظل تلازمها وجوداً وعدما ، فتتوقف درجة نجاحها على درجة قوة هذه المقاومات وثمة نتيجة لذلك هى أن خصم السلطة الجائرة اللدود والثائر الحقيق عليها ليس هو الذى يقيم المتاريس فى الطرقات ويرفع صوته بالهتافات العدائية ، وإنما هو ذلك الذى يستطيع أن يحكم على أعمالها دون تردد ولو آذاها . إن إزالة المتاريس أمر ميسور والقضاء على الهياج لا يكلف الحكومة الطاغية الكثير ، بل وكثيراً ما تقوم على أنقاض المتاريس وأشلاء الثوار سلطة أشد جوراً وأكبر عدوانا . ولكن حكما حراً لا تستطيع أن تقضى عليه القوة يظل صداه مدويا فى الآذان لا سلطان للطاغية عليه ، إنه يظل قائما لا يتزحزح ولا يضعف حتى يزول سببه . وهكذا لا نرى فى مقاومة الجور مجرد حركة جماهير وإنما هى أولا وقبل كل شىء ضرب من ضروب سلوك المواطن اليقظ ذى الوعى السياسى الناضج الذى لا ينظر إلى السلطة العامة على أنها شىء مقدس ميدانه محرم على فكره فلا يجوز له أن يخوض فيه ، وإنما يرى فيها سلطة بشرية معرضة للزلل والخطأ ، ومن ثم يجوز الحكم على أعمالها دون تحرج ما .

ومهما يكن من الأمر فإن شرعية المقاومة كانت ولا تزال من أمهات مسائل الفكر السياسى ، حتى إنك لو تمعنت فى تاريخ هذا الفكر لوجدت أن هذا التاريخ بعينه يصلح تاريخا لحق المقاومة ، ولنا فيما يأتى بعد دليل على ذلك .

أولا — شرعية الثورة فى الفكر الكنسى[1] :

« اعطوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله »[2] ، بهذه العبارة الخالدة أعلن المسيح شرعية السلطة المدنية واستقلالها وأوجب طاعتها ونهى عن مقاومتها ، إنها الثورة الكبرى على الماضى لحساب السيادة الزمنية ، إنها الثورة على الفكرة القديمة التى كانت تعتبر الدين شأنا من شئون الدولة تتولاه كما تتولى الشئون المدنية على السواء ، إنه مولد نظام ازدواج السلطتين الزمنية والدينية : الدولة والكنيسة .

والظاهر أن هذا النظام الجديد لم يلق فى بادىء أمره قبولا حسناً لدى المؤمنين المسيحيين ، فقد كان صعباً على نفوسهم الاقلاع عن أفكارهم التعصبية الوثنية واليهودية القديمة ليدينوا للدولة بالسمع والطاعة بوصفها سلطة مدنية ودون النظر إلى أى اعتبار دينى ، مما دعا القديس بول (Saint Paul) منذ فجر المسيحية إلى أن يؤكد من جديد أنه لما كانت كل سلطة تقوم بارادة الله فان كل من يقاومها يعد مقاوماً لارادة الله ، ومن ثم ينصب عليه غضبه ، وذلك بصرف النظر عن عقيدة الذين يتولون مباشرة هذه السلطة . ولقد دعا القديس بول الرومان المسيحيين بقوله هذا إلى طاعة الحكام حينذاك على الرغم من عسفهم وما كان يلحق المحكومين من جور

---

(١) أنظر فى هذا الصدد :

1. C. Zeiler, L'idée de L-Etat dans Saint Thomas, 1910,
2. E. Chenon, Le Role social de L'Eglise, 1921.
3. O. Von, Gierke, Les theories politiques du moyen Age, 1914.
4. E. P. Booth, Luther 1934.
5. P. Mesnaord L'essor de La Philosophie Politique au 16 me siecle 1936.
6. H. Lureau, Des doctrines democratiques chez Les ecrivains protestants français de la secande moitié du 16 me siecle. Burdeau 1900.
7. G. De Lagard, Recherches sur L'esprit politique de la reforme Paris 1926.
8. Atgar, Essai sur L'histoire des doctrines du Contrat social, Mantpelier, 1906.
9. G. Gesamane, La resistance a L'oppressian, Paris, 1933.
10. Georges Burdeau, Traité de science politique T III, Paris 1950 p. 450, S.

(٢) انجيل متى الاصحاح ٢٢ آية ٢١

وظلم على أيديهم . لقد دعاهم إلى طاعة مطلقة يقبلون عليها بنفوس راضية مطمئنة لا نتيجة الاكراه ومخافة العسف ، وإنما بمحض الإرادة وتقربا إلى الله ، وذلك لأن كل سلطة على الأرض مردها إلى الله : منشئها ومؤيدها ، ومن ثم فلا مجال للخوض فى الطريقة التى يباشر بها الحكام مهامهم ، فهذا من شأنهم هم دون سواهم يحاسبون عنه أمام الله وحده . وهكذا لا سند للمسيحى والحال هذه يستند اليه لتبرير مقاومته لأوامر الحكام الجائرة ، ولا مجال لفكرة المقاومة المشروعة ، فالمقاومة محرمة تحريما مطلقا بحكم ما قاله القديس پول .

ولئن كان ما قاله القديس پول قد ظل فقه الكنيسة الرومانية فى هذا الصدد من حيث المبدأ فقد ظلت تدعو إلى وجوب احترام كل سلطة قائمة ، إلا أن كتاباتاً وأفكاراً صدرت عن رجال هذه الكنيسة على مر القرون عدلت من حدته حتى لنرى بعضهم يرفض القول بالامتثال المطلق لأوامر السلطة العامة .

لقد كان القديس پول يخاطب فى عصره ضحايا العسف والاستبداد ، كان يخاطب أمواتا سياسيين ، لا يشغل بالهم أمر طريقة الحكم ولا يحلمون بالتفكير فى الاشتراك فى الشئون العامة ، لذلك كان من الميسور عليه أن يجعل من اطاعة السلطة فضيلة يتسم بها المؤمن بصرف النظر عن شرعية هذه السلطة ومدى حرصها على احترام فكرة القانون والعدالة فى معاملتها للمحكومين .

ولكن سرعان ماتبدل الحال ، لقد حل مكان جماعة المؤمنين الأول الذين كانوا لايهدفون إلا إلى ممارسة شعائرهم الدينية فى عزلة وأمن عالم كاثوليكى مترامى الأطراف يتطلع رئيسه إلى عرش امبراطورية عالمية ، مما دعا رجال الكنيسة إلى تغيير موقفهم من رجال السلطة الزمنية سعياً وراء هذا الهدف ، فراح فقهاؤهم يكيفون قول القديس پول تكييفا يجعله

صالحا كوسيلة من وسائل تحقيق سيطرة الكنيسة وبسط نفوذها .
فمنذ القرن الثامن الميلادى بدأ الفقهاء القديسون يتحدثون عن حق مقاومة الأمير الجائر على أثر ذلك النزاع الذى أخذ يشتد بين الكنيسة الرومانية والأمراء الزمنيين ، لكى تصبح الكنيسة فى روما فى مركز أسمى من الأمراء الزمنيين وحتى تستطيع السيطرة عليهم لابد لها من أن تكشف عن مبرر دينى ، ولقد وجدت ضالتها فى حق مقاومة الجور . إن الأمير مكلف بمراعاة القوانين الإلهية لأنه يتلقى سلطاته من الله ، والكنيسة فى روما هى بداهة المكلفة من قبل الله بالاشراف على مراعاة تلك القوانين ، ومن ثم مراقبة سلوك الأمراء ومراعاتهم للقوانين الإلهية . إن عدم مراعاة الأمير لتلك القوانين يعد خيانة عظمى تفقده حق الحكم ومن ثم تعفى رعاياه من واجب الطاعة . ولما كانت الكنيسة هى التى تباشر سلطات الله على الأرض فإنها تملك فى تلك الحالة حق خلع الأمير . ولقد أضحت هذه الفكرة الجديدة سلاحا فى يد البابا يشهره كلما استدعت الظروف ذلك فى وجه الأمراء ، كما اتخذت فى الفقه الكاثوليكى أساساً شرعياً للتمييز بين الملك والطاغية ، ذلك التمييز الذى ملأ به علماء القانون العام الأرض ضجيجا فى عصر النهضة فيما بعد ، والذى فتح باب الجدل والمناظرة فى سند السلطان فى سلطته . لقد كان أحد مطارنة « رانس » أول من ميز بين السلطان الذى يراعى فى سلوكه وحكمه القوانين الالهية فهو يحكم بارادة الله ، ومن ثم فهو ملك حقيق لا يخضع إلا لرقابة الله وحده ، وبين الملك السفاح الجائر الغاصب الذى لاطاعة له على الرعايا . إن الذين لا يتقون الله فى سلوكهم ولا فى معاملة رعاياهم مخالفين القوانين الإلهية طغاة بغاة لا طاعة لهم على أحد بل وتحق مقاومتهم . وهكذا تقطع الكنيسة شوطا يبعدها عن القديس بول فيما نحن بصدده . فبينما كان ذلك القديس يفرض على المؤمنين واجب الخضوع والطاعة بشكل مطلق أى بصرف النظر عما إذا راعى الأمير فى سلوكه الخاص وفى ممارسة سلطاته تعاليم المسيحية

أم لا ، نرى فى القرن الثالث عشر الفقيه الكنسى القديس بونافنتير (Saint Bonaventure) (١٢٢١ — ١٢٧٤) يرفض الفكرة القائلة بأنه لما كان الله هو الذى يخول الأمير السلطة فليس ثمة من يستطيع أن ينزعها إياه وذلك لأن الله لا يعطى السلطة دون قيد ، وإنما يسمح بأن تنزع عن صاحبها إذا ماتطلب ذلك النظام والعدالة ، وما جزاء التعسف فى مزاولة السلطة إلا سحبها ممن أساء استعمالها .

سان توماس[١] :

ولئن كان الباباوات قد لجأوا إلى هذه الأفكار على وضعها هذا كلما قدروا الافادة منها لقضية سيطرة الكنيسة إلا أنها لم تصل إلى درجة من الاستقرار تجعل منها مذهب الكنيسة الرسمى فيما نحن بصدده . وإنما كان لابد للكنيسة من أن تنتظر أفكار القديس توماس لتتخذها مذهبا لها بفضل ماتوخى هذا الفقيه فيها من حكمة وحذر مكنها من أن تقطع فيافى التاريخ دون أن يلحقها تعديل يذكر .

إن كل سلطة عند القديس توماس مصدرها الله ، لأن الله وقد شاءت إرادته أن تقوم الجماعة ، قدر أن تقوم السلطة التى بدونها تعيش الجماعة فى فوضى ، وبذلك يكون جل شأنه قد قدر الغاية والوسيلة ، ولكن الله لم يخول هذه السلطة مباشرة للحكام الذين يزاولونها ، وإنما على العكس من ذلك ترك الناس أحراراً فى إسناد مهمة هذه المزاولة لمن يشاؤون من الحكام ، وثمة نتيجة لذلك هى أن السلطة السياسية أمر مدنى موكول للقوانين المدنية ، وهذا يفسر تباين أشكال الحكومات وطرائق الحكم ، ذلك التباين الذى لا يتعارض من حيث المبدأ مع القول بأن الله سبحانه هو مصدر السلطة . ومع ذلك فإن ثمة فارقا أساسياً بين طرائق مزاولة السلطة ، إن ثمة فارقا بين الحكومات العادلة والحكومات الجائرة .

---

(١) Saint Thomas

ترى أى موقف يتخذه المسيحى إزاء سلطة باغية جائرة ؟ للاجابة على ذلك لجأ فقيهنا الدينى بادىء ذى بدء إلى التمييز بين السلطة الجائرة بحكم منشئها وبين الجور الذى يقع نتيجة لطريقة استعمال السلطة . إن الأمير الذى يصل إلى السلطة على غير رضا الشعب غاصب أثيم لأن الشعب هو صاحب الحق الأول فى تعيين من يتولى أموره ، ومن ثم لاطاعة له على الرعايا ، إنه حاكم غاصب مستبد والثورة عليه مشروعة مباركة . ولكن الفقيه الدينى لم يشأ أن يترك هذا المبدأ على إطلاقه فراح يقيده بقيد يحد من غليائه فقال إن العيب الذى يشوب قيام الحكومة لا يظل يلازمها إلى ما لا نهاية وإنما تستطيع الحكومة التى تنشأ على غير رضا الشعب فهى غير شرعية أن تصبح شرعية إن هى تمتعت برضا الشعب فيما بعد أى إذا أقرها الشعب ولو كان إقراره لاحقا لقيامها . وبذلك لا تعد المقاومة عند سان توماس مشروعة إلا فى حالة نادرة هى حالة قيام حكومة غاصبة تستمر فى الحكم على غير رضا الشعب ودون أن تنجح فى الحصول على إقراره لها ولو كان ذلك الإقرار لاحقا لقيامها .

أما حالة الجور الثانية فهى حالة تعسف الأمير فى استعمال السلطة إما بأن يتجاوز حقوقه وإما بأن يأمر بأعمال مخالفة للقوانين الإلهية . ويرى فقيهنا أن جزاء التعسف يختلف فى الحالتين ، ففى حالة وقوع الجور نتيجة لتجاوز الأمير لحقوقه يسقط سان توماس عن الرعايا واجب الطاعة ويكتفى بتخويلهم حق مقاومة سلبية لاتصل بحال إلى حد الثورة . وأما إذا وقع الجور نتيجة لما يصدر من الحاكم من أوامر مخالفة أو مجافية للقوانين الإلهية فإن المقاومة الإيجابية تصبح مشروعة ، بل وليس ثمة مايمنع من الالتجاء إلى المقاومة الهجومية أى إلى الثورة التى تهدف إلى إكراه الحكومة على العدول عن سلوكها أو إسقاطها إن هى أصرت على التمسك بخطتها ، والشعب إذ يفعل ذلك يقوم بعمل عادل مشروع ، لأن الحكومة المستبدة الطاغية — كما يقول الفقيه — جائرة لأنها لا تعمل للصالح العام وإنما لصالح الحاكم .

ولكن العبارة الأخيرة هذه تستلفت نظر الممحص فى الأمور ،
إن فكرة الصالح العام التى أوردها الفقيه على هذا الوضع تعرقل إلى حد كبير مزاولة حق المقاومة الذى يصل إلى شرعية الثورة فى الحالة السالفة ، وذلك لأن الجور الذى يبرر المقاومة ثم الثورة أحيانا يجب عند فقيهنا ألا يترك تقديره — أى تقدير ما إذا كان كافيا لتبرير المقاومة والثورة — لضمير الفرد وهواه ، وإنما يجب حتى يبرر الجور المقاومة أن يكون من الجسامة بحيث يضر بالصالح العام . إن الصالح العام لا تدعمه العدالة وحدها وإنما يدعمه النظام كذلك ، بل ويساهم النظام فى تحقيقه بقسط أوفر ، لقد وضع القديس توماس النظام فى الاعتبار الأول حتى جعل منه حجر الزاوية فى فكرته عن مقاومة الجور ، إن الأمر عنده ليس كما كان لدى باباوات القرنين العاشر والحادى عشر يتعلق بسياسة زمنية وإنما يتعلق عنده بحماية الصالح العام أى بحماية نظام اجتماعى يقوم وفق مقتضيات الطبيعة البشرية . إن نظرية مقاومة الجور لا تبرر الحركات الهدامة ولكنها على النقيض من ذلك تهدف إلى الحد من اضطراب النظام الذى يتولد عن الطغيان . إن العصيان — كما يخلص من أفكار القديس توماس — مباح إن قام ما يبرره ، على ألا يترتب عليه اضطراب فى حياة الجماعة تقاسى من جرائه أكثر مما تقاسيه من جراء استرسال الحكومة فى جورها . إن المفاضلة الواقعية بين مزايا ومضار شق عصا الطاعة على السلطات القائمة هى أهم ما أتت به وما ظلت تتميز به الفلسفة التومسية على مر القرون . ليس الجديد فى هذه الفلسفة هو الاعتراف بشرعية المقاومة وإنما الجديد فيها هو وضع ضابط لهذه الشرعية . لقد خلص ضابط « الصالح العام » مزاولة المقاومة من فوضى التقديرات الفردية وأضحى حق الثورة خاضعا فى مزاولته لشرط معين هو تنكر الحكام للصالح العام ذلك الصالح الذى تعد خدمته هدف سلطتهم . ومن ناحية أخرى فإن القديس توماس بتفضيله النظام ووضعه له فى الاعتبار الأول يحرم مقاومة السلطة القائمة والقضاء

علبها بحجة إقامة نظام جديد مقامها يبدو أصلح منها من الناحية النظرية .
ولقد كان ذلك أساساً لقاعدة استقرت فيما بعد فى الحياة السياسية وهى أن
فى قيام النظام السياسى قرينة على صلاحيته ، ومن أقوال فقهينا المأثورة
فيما نحن بصدده أنه ليس المواطن هو الذى يحرك حق المقاومة وإنما هم
الحكام أنفسهم الذين يتولون تحريك هذا الحق وإثارة المواطنين ،
وذلك عندما يبدءون هم من جانبهم بشق عصا الطاعة والتنكر للنظام الاجتماعى
وهكذا تعتبر أفكار القديس توماس محافظة شديدة الحرص على النظام
بعيدة كل البعد عن تحبيذ الثورات .

ولقد أضحى هذا المبدأ الأساسى الذى ينحصر فى وجوب احترام النظام
مذهب الكنيسة الكاثوليكية من بعد القديس توماس . إن الاضطراب
أسوأ من حكومة سيئة وأخطر من حكومة جائرة ، إن الأفضل للجماعة
الإبقاء على حكام جائرين عن تعكير صفو السلام العام بفتن فاشلة .
لقد حرص رجال الكنيسة الكاثوليكية على هذا المبدأ أشد الحرص
واستطاعوا أن يحافظوا عليه على مر الأجيال والقرون الطويلة حتى لنراه
بعينه يسيطر على كتابات وتصرفات الباباوات إلى يومنا هذا : فنرى
جرجوار السادس عشر[١]، فى الرسالة الشهيرة[٢]، الصادرة فى ١٥ أغسطس
سنة ١٨٣٢ يصب غضبه على تلك النظريات التى تضعف الإيمان بالله
وبوجوب طاعة الأمراء رافعة مشاعل العصيان فى كل مكان . ونرى
ليون الثالث عشر[٣]، معتمداً على سلوك سلفه من رجال الكنيسة وفقهائها
يؤكد فى الرسالة[٤]، الصادرة فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٧٨ وجوب طاعة
السلطات الشرعية ، إذ يقول انه إذا ما تعسف الأمير فى استعمال سلطاته

(١) Gregoire XVI

(٢) Mirari Vos

(٣) Leon XIII

(٤) Quod Apostolici

أو تجاوز حدودها فإن الفقه الكاثوليكى لا يبيح للرعايا مقاومته مخافة أن يزيد ذلك النظام اضطرابا على اضطرابه وأن يلحق الجماعة ضرر بسبب العصيان يفوق بكثير ما يلحقها من جراء تجاوز الأمير لحدود سلطاته وأنه إذا ما وصل تعسف الأمير إلى حد لا يدع أملا فى الإصلاح فما على الرعايا إلا الاستعانة بالصبر والصلوات انتظاراً للفرج من عند الله . وفى الرسائل الصادرة فى سنة ١٨٨١[١]، وفى سنة ١٨٨٥[٢]، يذهب نفس البابا إلى حد القول الصريح بأن زعزعة الطاعة وإثارة الفتن ليست مجرد عيب فى الذات الملكية وإنما هى عيب فى الذات الإلهية . ولا تزال نفس الأفكار تتردد فى كتابات الياسوعيين المعاصرين دفاعا عن نفس المبدأ : فترى الياسوعى فيكتور شتران (Victor Chutrein) فى كتابه (الفلسفة الأخلاقية)[٣]. يقول إنه لا يجوز للفرد — أيا كان الدافع — أن ينتقد أو يسب السلطان الشرعى ولا للشعب مجتمعاً أن يثور عليه أو يخلعه بحجة أنه جائر طاغية وأن أقصى ما يمكن أن يعترف به للشعب فى حالة وصول السلطان إلى أقصى درجات الطغيان والجور هو حق الالتجاء إلى مجرد مقاومة دفاعية (لا هجومية)، ثم يضيف العالم الياسوعى : وذلك لأن استرسال الأمير فى جوره وطغيانه لدليل على أنه مسيطر على الموقف سيطرة لا تدع أملا فى نجاح الثورة وبالتالى فلن يكون لها من الأثر سوى إثارة الاضطراب ومن ثم فهى غير مشروعة . ولقد تمسكت الكنيسة الكاثوليكية بهذه الأفكار وطبقتها تطبيقاً دقيقاً حتى لنرى باباوات القرن التاسع عشر يصبون لعناتهم على كل ثورة شعبية أو تحريرية على السواء ، إلى حد أن بعض الكتاب كاد يتشكك فيما إذا كان للكنيسة أن تعترف لليونانيين المسيحيين بحق الثورة على الأتراك المسلمين الغاصبين فى نظرهم .

---

(١) Duturnum illud

(٢) Immortale Dei

(٣) La Philosophie Morale

وهكذا نستطيع أن نقطع بأن رأى الكنيسة الكاثوليكية وسلوكها فى هذا الصدد ينحصران فى تحريم مقاومة الحكومات أيا كان شكلها تحريماً لا يتسرب إليه الشك . على أن الفقه الكاثوليكى لا يحرم على نفسه تصور استثناءات لهذا المبدأ ولكنه يقدم على ذلك بحذر شديد وحيطة بالغة ، فهو لا يبيح المقاومة إلا إذا كان لا مفر من الالتجاء إليها وكان الالتجاء إليها مجديا وبقدر معين : لا بد لكى تكون المقاومة مباحة من أن يكون الالتجاء إليها أمراً لازما ، وثمة حالة واحدة تعد فيها المقاومة لازمة هى حالة ضرورة الالتجاء إليها لإعادة النظام الذى اضطرب من جراء جور الحكام . ولما كان حق المقاومة لا ينشأ إلا لإعادة النظام فإن مزاولته لا تجوز إلا إذا كانت الفرصة سانحة لتحقيق هذا الهدف وفى هذه الحالة فحسب تعتبر المقاومة مجدية وفيما عداها فإنها لا تؤدى إلا إلى زيادة الاضطراب الناجم عن الجور والبغى ومن ثم فهى غير مشروعة . وأخيراً لكى تكون مزاولة المقاومة مشروعة يجب ألا تسبب اضطرابا يفوق ذلك الذى ينشأ عن الطغيان . وفى هذا المعنى جاء فى الرسالة البابوية الصادرة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٧[١] والموجهة إلى المؤمنين المكسيكيين أنه يجب أن تتناسب الوسائل مع الهدف ، فلا تستخدم إلا بالقدر اللازم لتحقيقه وبطريقة لا تسبب للجماعة أضراراً تفوق تلك التى تهدف إلى تخليص نفسها منها . وما من شك فى أن الفقه الكاتوليكى يرمى من وراء تطلب توافر هذه الشروط وتلازمها لاعتبار المقاومة مشروعة تضييق الخناق على حق المقاومة .

وفيما يتعلق بأشكال المقاومة لا يزال التميز المتبع قديماً عند علماء اللاهوت قائماً . لا يزال التميز بين المقاومة الدفاعية والمقاومة الهجومية متبعاً فى الفقه الكاتوليكى . والمقاومة الدفاعية إما أن تكون سلبية وإما أن تكون إيجابية وتنحصر المقاومة الدفاعية السلبية فى عدم الطاعة بمخالفة القوانين الجائرة .

(١) Vos es muy

وهى جائزة إذا ما توافرت الشروط اللازمة لاعتبار المقاومة مشروعة على النحو السالف . أما المقاومة الدفاعية الإيجابية فتنحصر فى مقابلة القوة بالقوة . إن عدوان الطاغية واستبداده يبرر هذا الشكل من المقاومة لأن المواطن فى هذه الحالة لا يقاوم السلطة وإنما يقاوم العنف والإكراه ، لا يقاوم الحق وإنما يقاوم البغى ، لا يقاوم الأمير وإنما يقاوم الجائر المعتدى ، كل ذلك على شرط توفر الشروط الواجب تلازمها لكى تعتبر المقاومة مشروعة . أما المقاومة الهجومية فهى أخطر أشكال المقاومة لأنها تنحصر فى أن يبدأ المواطنون من جانبهم بمهاجمة الحكام ليصلوا عن طريق الثورة إلى خلع الحكام أو تغيير النظام وذلك قبل أن يشتد ساعدهم فيضحوا بغاة طغاة . ويبدو أن الفقه الكاثوليكى شأن علماء اللاهوت يبيح هذا الشكل من المقاومة إذا توافرت شروط المقاومة المشروعة وكانت نزعة الحكومة القائمة ضارة بالصالح العام لا يرجى من ورائها خير أو كان فى مجرد وجودها هدر للقيم التى يقوم عليها النظام الاجتماعى أو ثبت بشكل قاطع عدم قدرتها على مباشرة السلطة والمحافظة على كيان الجماعة .

قادة الإصلاح الدينى وشرعية الثورة :

ومما يستدعى الدهشة أن قادة حركة الإصلاح الدينى الأول على عكس ما كان يتوقع منهم قد ذهبوا فى تحريم المقاومة إلى أبعد مما ذهب إليه السلوك والفقه الكاثوليكى . إن لوثر لا يبيح المقاومة حتى ولو كانت للدفاع عن قضية عادلة لأنه يأخذ عليها أنها وسيلة عمياء تسلط سلاحها على رقاب من تسوقهم الصدفة إلى طريقها فلا تميز بين الأبرياء والمذنبين ، وأنها مصدر اضطراب يفوق خطره ضرر البغى ، وهو لذلك يعلن صراحة أنه سيكون دائماً فى جانب الذى تقوم الثورة فى وجهه ولو كان باغياً وضد الثائر ولو كان محقاً ، وهكذا يحرم لوثر المقاومة تحريماً مطلقاً لا يدع مجالا لتصور أية حالة تعد فيها المقاومة مشروعة . وهو بذلك يكون قد ذهب فى تحريم المقاومة

إلى أبعد مما ذهبت إليه الكنيسه الكاثوليكية ، فهو لا يبيحها حتى فى الحالات الضيقة وبالشروط القاسية التى تبيحها فيها تلك الكنيسة : فقد كان يرى فى الثورة عصيانا لله وتجاوزاً لحدود العباد لأن الله وحده هو الذى يملك فصم الرابطة التى ربط بها الأمير بالرعايا ، هذا علاوة على أن فى الثورة خلطاً بين الحق وجزائه وبين العدالة ووسائل تحقيقها وأنه لا يجوز لأحد أن ينصب نفسه قاضياً ليفصل فى قضيته الخاصة فيكون خصما وحكما فى نفس الوقت. ولقد كان سلوك لوثر إزاء حركات تمرد الفلاحين التى وقعت فى زمانه متفقاً تمام الاتفاق مع آرائه فى المقاومة .

ولقد ذهب كلفن إلى ما ذهب إليه لوثر فيما نحن بصدده فعنده واجب الطاعة مطلق حتى إزاء الحكام الطغاة لأن الله يأمر به وينهى عن العصيان ، إن بغى الأمير لا يعفى الرعية من واجب الطاعة لأنه ليس ثمة واجبات متقابلة بينهما . لقد كان يرى أنه ينبغى على الرعايا أن يئنوا تحت نير الجور والبغى فى صمت وسكينة ، لا احتراما لذات الأمراء فحسب وإنما تديناً كذلك ، وإلا أضحوا عصاة للأمراء ولأوامر الله على السواء .

ولكننا سنرى كيف أن خلف قادة حركة الإصلاح الدينى ومن تتلمذوا عليهم لم يتخذوا من رأى قادتهم فيما نحن بصدده مثلا أعلى يتطلعون إليه ويدافعون عنه وإنما على النقيض من ذلك راحوا يؤيدون حق المقاومة ويناصرون الشعوب ضد الأمراء الجائرين . لقد اتبعوا فى ميدان السياسة منهج قادتهم فى الميدان الدينى . لقد قاد لوثر وكلفن حركة تحرير الفكر من نير تعاليم الكنيسة فى الميدان الدينى دون السياسى ولكن خلفهم أبوا أن يقصروا التحرير على أحدهما دون الآخر فراحوا يدافعون عن سيادة الشعب وجعلوا من حق المقاومة حديث زمانهم على نحو ما سنرى .

ثانياً — شرعية الثورة فى الفكر الإسلامى :

إن ثمة كلمة يجب أن نقولها فى هذا الشأن أولا ، هى أنه على الرغم من توافر عوامل ازدهار علم السياسة لدى العرب بعد الإسلام فإن هذا

العلم لم يك موضع عناية علمائهم فلم يتخذ عندهم مكانا يذكر فى حركتهم العلمية الكبيرة حتى اننا لا نكاد نعثر لهم على مصنف مخصص لعلم السياسة أو على بحث ذى شأن يرتبط به ، اللهم إلا مؤلفات تعد على أصابع اليد الواحدة وتكاد تكون خالية من الروح العلمية . إن ولع العرب بفلسفة الإغريق التى تفيض بعلم السياسة ، وحركات معارضة الحكام التى لازمت نشأة الدولة الإسلامية وظلت تلازمها حتى لا يكاد يمضى جيل إسلامى قبل أن يشاهد ثورة على دولة أو مصرعا لخليفة ، وعناية القرآن دستور الإسلام والمسلمين بشئون السياسة على قدر عنايته بالشئون المدنية ، فهو منهل فى تلك الشئون لا ينضب معينه لمن شاء أن يجتهد ، وعلى عكس المسيحية التى فصلت بين الدين والدولة فدعت منذ البداية إلى ترك ما لقيصر لقيصر ، كل هذه العوامل مجتمعة للعرب بعد الإسلام كانت كفيلة بأن يتخذ علم السياسة فى حركتهم العلمية مكانا بارزاً ، ولكن ذلك لم يحدث[1]. فلقد جاءت كتاباتهم فى هذا العلم وما يتصل به هزيلة مبعثرة علاوة على إغراض الكثير منها الذى كتب تبريراً لسياسة السلاطين الواقعة من باب المجاراة والمداراة والمراءاة مخالفاً الإسلام روحا ونصاً معتمداً عليه كذبا وعدوانا ، وإليك ما كتبه بعض فقهاء المسلمين فى شأن المقاومة :

أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هجرية :

« الأحكام السلطانية » كتاب خصصه صاحبه أقضى القضاة « الماوردى » لأصول الحكم فهو أحد الكتب الإسلامية النادرة التى قصرها أصحابها على هذا العلم بل وهو أهمها قاطبة . لقد ورد أكثر ما كتب فى علم السياسة وما يتصل به فى الإسلام بين ثنايا مصنفات جامعة لفنون متباينة من أدب وتاريخ ودين وسياسة وغيرها ، فجاء كتاب « الأحكام

---

(١) فى هذا المعنى : الشيخ على عبد الرازق فى « الاسلام وأصول الحكم » .

السلطانية » نادراً فى عصره من حيث قصر أبوابه على فن واحد هو علم الحكم وذلك كما قال المؤلف نفسه فى خطبة الكتاب : « ولما كانت الأحكام السلطانية بولاة الأمور أحق وكان امتزاجها بجميع الأحكام يقطعهم عن تصفحها مع تشاغلهم بالسياسة والتدبير أفردت لها كتابا امتثلت فيه أمر من لزمت طاعته ليعلم مذاهب الفقهاء فيما له منها فيستوفيه وما عليه منها فيوفيه توخيا للعدل فى تنفيذه وقضائه ، وتحريا للنصفة فى أخذه وعطائه . . . » . هكذا ينقل لنا « الماوردى » فى كتابه هذا ما كان شائعا فى زمانه من أفكار بصدد أصول الحكم فيلخص لنا الأفكار المنتشرة إذ ذاك عن طبيعة الخلافة وعما يترتب عليها من آثار ، فيقول[1] : « إن الإمامة موضوعة لخلافة النبوة فى حراسة الدين وسياسة الدنيا وعقدها لمن يقوم بها فى الأمة واجب بالاجماع » ، ثم يسجل ما كان قائماً من خلاف نظرى حول ما إذا كانت الخلافة واجبة « بالعقل أو بالشرع » أى على حد تعبيرنا الحديث : ما إذا كانت الدولة ضرورة يمليها العقل أى طبيعة الإنسان ، أم هى من خلق السياسة والقانون . فيقول إن طائفة قالت إنها وجبت بالعقل لما فى طباع العقلاء من التسليم لزعيم يمنعهم من التظالم ويفصل بينهم فى التنازع والتخاصم ولولا الولاة لكانوا فوضى مهملين وهمجاً مضاعين ، وقالت طائفة أخرى بل وجبت بالشرع دون العقل لأن الإمام يقوم بأمور شرعية قد كان مجوزاً فى العقل أن لا يرد التقيد بها فلم يكن العقل موجباً لها » .

وينتهى المؤلف إلى وجوب الإمامة وإن اختلفت دواعى هذا الوجوب ، ثم يضيف مصنفنا أنها فرض كفاية « كالجهاد وطلب العلم فإذا قام بها من هو من أهلها سقط فرضها عن الكافة ، وإن لم يقم بها أحد خرج من الناس فريقان : أحدهما أهل الاختيار حتى يختاروا إماما للأمة ،

(١) فى الباب الأول فى عقد الإمامة .

والثانى أهل الإمامة حتى ينتصب أحدهم للإمامة وليس على من عدا هذين الفريقين من الأمة فى تأخير الإمامة حرج ولا مأثم . وإذا تميز هذان الفريقان من الأمة فى فرض الإمامة وجب أن يعتبر كل فريق منهما بالشروط المعتبرة فيه . فأما أهل الاختيار فالشروط المعتبرة فيهم ثلاثة ؛ أحدها العدالة الجامعة لشروطها ؛ والثانى العلم الذى يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة على الشروط المعتبرة فيها ؛ والثالث الرأى والحكمة المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة أصلح وبتدبير المصالح أقوم وأعرف ، وأما أهل الإمامة فالشروط المعتبرة فيهم سبعة : أحدها العدالة على شروطها الجامعة ؛ والثانى العلم المؤدى إلى الاجتهاد ؛ والثالث سلامة الحواس . . . ليصح معها مباشرة ما يدرك بها ؛ والرابع سلامة الأعضاء ... ؛ والخامس الرأى المفضى إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح ؛ والسادس الشجاعة والنجدة ؛ والسابع النسب وهو أن يكون من قريش لورود النص فيه وانعقاد الاجماع عليه . . . والإمامة تنعقد من وجهين أحدهما باختيار أهل العقد والحل والثانى بعهد الإمام من قبل . . . فإذا اجتمع أهل العقد والحل للاختيار تصفحوا أحوال أهل الإمامة الموجودة فيهم شروطها فقدموا للبيعة منهم أكثرهم فضلا وأكملهم شروطاً ، ومن يسرع الناس إلى طاعته ولا يتوقفون عن بيعته ، فإذا تعين لهم من بين الجماعة من أداهم الاجتهاد إلى اختياره عرضوها عليه فإن أجاب إليها بايعوه عليها وانعقدت ببيعتهم له الإمامة فلزم كافة الأمة الدخول فى بيعته والانقياد لطاعته ، وإن امتنع عن الإمامة ولم يجب إليها لم يجبر عليها لأنها عقد مراضاة واختيار لا يدخله إكراه ولا إجبار . . » والذى يلزم الخليفة من الأمور العامة عشرة أشياء ، أحدها حفظ الدين . . ؛ والثانى تنفيذ الأحكام . . ؛ والثالث حماية البيضة والذب عن الحريم . . ؛ والرابع إقامة الحدود . . ؛ والخامس تحصين الثغور ؛ والسادس جهاد من عاند الإسلام . . ؛ والسابع جباية الفىء والصدقات . . ؛ والثامن تقدير العطايا وما يستحق فى بيت المال . . ؛ والتاسع استكفاء الاكفاء وتقليد الفصحاء فيما يفوضه اليهم من الأعمال . . ؛ والعاشر أن يباشر بنفسه

مشارقة الأمور وتصفح الأحوال لينهض بسياسة الأمة . . . وإذا قام الإمام بمـا ذكرناه من حقوق الأمة فقد أدى حق الله تعـالى فيما لهم وعليهم ووجب له عليهم حقان : الطاعة والنصرة ما لم يتغير حاله والذى يتغير به حاله ، فيخرج به من الإمامة شيئان ، أحدهما جرح فى عدالته ، والثـانى نقص فى بدنه . فأما الجرح فى عدالته وهو الفسق فهو على ضربين أحدهما ما تابع فيه الشهوة والثـانى ما تعلق فيه بشبهة . فأما الأول منهما فمتعلق بأفعـال الجوارح وهو ارتكابه للمحظورات وإقدامه على المنكرات تحكيما للشهوة وانقياداً للهوى ، فهذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة ومن استدامتهـا فإذا طرأ على من انعقدت إقامته خرج منهـا ، فلو عاد إلى العدالة لم يعد إلى الإمامة إلا بعقد جديد . . . » .

ويخلص من ذلك كله أن الرأى عند جمهور فقهـاء جماعة المسلمين فى زمن المؤلف هو أن الخلافة تنشأ بعقد يبرم بين الأمة والإمام على أوضاع وبشروط معينة وأن هذا العقد إذا انعقد نشأت عنه حقوق وواجبات متقابلة ! واجبات عشرة على الإمام هى فى نفس الوقت حقوق للأمة يسأل الإمام عن أدائهـا قبل الأمة فإن أدى الإمام واجباته هذه فإنه يكون قد أدى حقوق الأمة قبله . وفى مقابل آداء واجباته هذه تنشأ له حقوق قبل الأمة تتلخص فى واجب الطاعة بمـا فى ذلك « تفويض الأمور العامة إليه من غير افتيات ولا معارضة » ولكن واجب الطاعة هذا يقابله التزام يرتبط به ألا وهو التزام الإمام عدم الانقياد إلى الهوى وعدم الخروج على أحكام الشرع فإن هو اتبع هواه وفسق فظلم وجار خرج من الإمامة وبالإجمـال فرأى المؤلف ينحصر فى أنه لا طاعة على الأمة ولا نصرة إلا بقدر حرص الخليفة على عدالته فإن هو جار سقط عن الأمة واجب الطاعة والنصرة بل وانعزل عن الخلافة ، ومن ثم كان للأمة حق إبعـاده عنهـا وخلعه منهـا . وثمة نتيجة منطقية لذلك هى أن تصبح كل وسائل المقاومة مشروعة مادامت أنها تهدف إلى إخراجه من الخلافة بعد أن أضحى بقاؤه فيهـا غير شرعى . هذا هو رأى المؤلف كما يبدو ضمناً من طريقة عرضه لفكرة الإمامة وعقدها ولواجبات الإمام وحقوقه وواجبات الأمة

وحقوقها قبله . ولئن كان مؤلفنا قد تحاشى التعبير عن فكرته هذه بصريح العبارة فلأنه — شأن بقية علماء السنة والجماعة فى سائر عصور الإسلام — فقيه محافظ لا يرى إلا أن يترك الحال على ما هو عليه مؤيداً القائم من الأمر مداراة للسلطان ، وخاصة إذا كان شأن فقيهنا مقرباً إلى الملوك ذا منزلة عندهم .

ولم يهمل فقيهنا حالة الفتن والثورات الهدامة فعرض لها فى فصل خاص[1] من فصول الباب الخامس[2] جاء فيه « إذا بغت طائفة من المسلمين وخالفوا رأى الجماعة وانفردوا بمذهب ابتدعوه فإن لم يخرجوا به عن المظاهرة بطاعة الإمام ولا تحيزوا بدار اعتزلوا فيها وكانوا أفراداً متفرقين تنالهم القدرة وتمتد إليهم اليد تركوا ولم يحاربوا وأجريت عليهم أحكام العدل فيما يجب لهم وعليهم من الحقوق والحدود . وقد عرض قوم من الخوارج لعلى بن أبى طالب لمخالفة رأيه وقال أحدهم وهو يخطب على منبره : لا حكم إلا لله فقال على رضى الله عنه : كلمة حق أريد بها باطل لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولا نبدؤكم بقتال ولا نمنعكم الفىء ما دامت أيديكم معنا . فإن تظاهروا باعتقادهم وهم على اختلاطهم بأهل العدل أوضح لهم الأمام فساد ما اعتقدوا وبطلان ما ابتدعوا ليرجعوا عنه إلى اعتقاد الحق وموافقة الجماعة ، وجاز للأمام أن يعذر منهم من تظاهر بالفساد أدباً وزجراً ، ولم يتجاوزه إلى قتل ولا حد . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل دم امرىء مسلم إلا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان أو زنا بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس » فإن اعتزلت هذه الفئة الباغية أهل العدل وتحيزت بدار تميزت فيها عن مخالطة الجماعة فإن لم تمتنع عن حق ولم تخرج عن طاعة لم يحاربوا ما أقاموا على الطاعة وتأدية الحقوق . . ؛ وإن امتنعت هذه الطائفة

---

(١) الفصل الثانى .

(٢) « قتال أهل البغى » .

الباغية عن طاعة الأمام ومنعوا ما عليهم من الحقوق ، وتفردوا باجتباء الأموال وتنفيذ الأحكام ، فإن فعلوا ذلك ولم ينصبوا لأنفسهم إماما ولا قدموا عليهم زعيما كان ما اجتبوه من الأموال غصباً لا تبرأ منه ذمة وما نفذوه من الأحكام مردود لا يثبت به حق . وإن فعلوا ذلك وقد نصبوا لأنفسهم إماما اجتبوا بقوله الأموال ونفذوا بأمره الأحكام لم يتعرض لأحكامهم بالرد ولا لما اجتبوه بالمطالبة ، وحوربوا فى الحالين على سواء لينزعوا عن المباينة ويفيئوا إلى الطاعة . قال الله تبارك وتعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين » .

وهكذا يتحتم على ولى الأمر ألا يلجأ إلى وسائل القهر والعنف مع الطائفة الباغية لردها عن بغيها دفاعا عن كيان الجماعة إلا إذا استفحل أمر الفتنة حتى أضحت هدامة واتخذت من التدابير المادية ما يتأكد معه نيتهم الصادقة على تقويض كيان الجماعة وتهديد وحدتها ، وقبل هذه المرحلة لا يجوز لولى الأمر أن يقاتل المعارضين له . ومعنى هذا أن المؤلف يرى أن الإسلام يبيح معارضة الهيئة الحاكمة بل ويبيح هذه المعارضة على نطاق واسع ، فلها أن تتخذ ما تشاء من الأشكال والوسائل ما دامت أنها لا تصل إلى درجة شق عصا الطاعة على الدولة ، والانفصال عنها مهددة كيان الجماعة ووحدتها ، لأنها عند ذلك تخرج من نطاق المعارضة إلى الحروب الأهلية .

الإمام أبو محمد على بن أحمد بن حزم الظاهرى المتوفى سنة ٤٥٦ هجرية :

فى مصنفه « الفصل فى الملل والأهواء والنحل » أودع ابن حزم رأيه فيما نحن بصدده بطريقة صريحة قاطعة[1] لقد رد ابن حزم فى مصنفه هذا

---

(١) ص ١٧١ ج ٤ تحت عنوان « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » .

على القائلين بأن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى الإسلام لا يكون من آحاد الناس إلا قبل آحاد الناس . أما السلطان إن جار فليس لأحد من الناس أن ينهاه عن ذلك وإنما على المحكومين الصبر على جوره . لقد سفه ابن حزم أفكارهم وأبطل حججهم . لقد قال رداً عليهم « احتجت الطائفة المذكورة أولا بأحاديث فيها : أنقاتلهم يا رسول الله ؟ قال : لا ما صلوا . وفى بعضها إلا أن تروا كفراً بواحا عندكم فيه من الله برهان ، وفى بعضها وجوب الضرب وإن ضرب ظهر أحدنا وأخذ ماله ، وفى بعضها فإن خشيت أن يبهرك شعاع السيف فاطرح ثوبك على وجهك وقل إنى أريد أن تبوء بإثمى وإثمك فتكون من أصحاب النار . وفى بعضها : كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل . وبقوله تعالى (واتل عليهم نبأ ابنى آدم بالحق إذ قربا قرباناً فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر » الآية . كل هذا لا حجة لهم فيه لما قد تقصيناه غاية التقصى خبراً خبراً بأسانيدها ومعانيها فى كتابنا الموسوم بالاتصال إلى فهم معرفة الخصال ونذكر منه إن شاء الله ها هنا جملا كافية وبالله تعالى نتأيد . أما أمره صلى الله عليه وسلم بالصبر على أخذ المال وضرب الظهر . فإنما ذلك بلا شك إذا تولى الإمام ذلك بحق وهذا ما لا شك فيه أنه فرض علينا الصبر له وإن امتنع من ذلك بل من ضرب رقبته إن وجب عليه فهو فاسق عاص لله تعالى ، وأما إن كان ذلك بباطل فمعاذ الله أن يأمر رسوله صلى الله عليه وسلم بالصبر على ذلك ، برهان هذا قول الله عز وجل « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقد علمنا أن كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يخالف كلام ربه تعالى . قال الله عز وجل (وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحى يوحى) وقال تعالى : (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيراً) فصح أن كل ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو وحى من عند الله عز وجل لا اختلاف فيه ولا تعارض ولا تناقض فإذا كان هذا كذلك فبيقين لا شك فيه يدرى كل مسلم أن أخذ مال مسلم أو ذمى بغير حق وضرب ظهره بغير حق إثم وعدوان وحرام ،

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم فإذا لا شك فى هذا ولا اختلاف من أحد من المسلمين ، فالمسلم ماله للأخذ ظلماً وظهره للضرب ظلماً وهو يقدر على الامتناع من ذلك بأى وجه أمكنه ، معاون لظالمه على الأثم والعدوان وهذا حرام بنص القرآن ، وأما سائر الأحاديث التى ذكرنا وقصة ابنى آدم فلا حجة فى شىء منها ، أما قصة ابنى آدم فتلك شريعة أخرى غير شريعتنا ، قال الله عز وجل : لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا . وأما الأحاديث فقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : من رأى منكم منكراً فليغيره بيده إن استطاع فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان ليس وراء ذلك من الإيمان شىء . وصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا طاعة فى معصية إنما الطاعة فى الطاعة وعلى أحدكم السمع والطاعة ما لم يؤمر بمعصية فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة ، وأنه عليه السلام قال : من قتل دون ماله فهو شهيد والمقتول دون دينه شهيد والمقتول دون مظلمة شهيد ، وقال عليه السلام لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليعمنكم الله بعذاب من عنده . فكان ظاهر هذه الأخبار معارضاً للآخر فصح أن إحدى هاتين الجملتين ناسخة للأخرى لا يمكن غير ذلك فوجب النظر فى أيهما هو الناسخ فوجدنا تلك الأحاديث التى منها النهى عن القتال موافقة لمعهود الأصل . ولما كانت الحال عليه فى أول الاسلام بلا شك وكانت هذه الأحاديث الأخر واردة بشريعة زايدة وهى القتال .

هذا ما لا شك فيه ، فقد صح نسخ معنى تلك الأحاديث ورفع حكمها حين نطقه عليه السلام بهذه الأخر بلا شك فمن المحال المحرم أن يؤخذ بالمنسوخ ويترك الناسخ وأن يؤخذ الشك ويترك اليقين ، ومن ادعى أن هذه الأخبار بعد أن كانت هى الناسخة فعادت منسوخة فقد ادعى الباطل وفقاً ما لا علم له به ، فقال على الله ما لم يعلم وهذا لا يحل ولو كان هذا لما أخلى الله عز وجل هذا الحكم عن دليل وبرهان يبين به رجوع المنسوخ

ناسخاً لقوله تعالى فى القرآن تبياناً لكل شيء وبرهاناً آخر ، وهو أن الله عز وجل قال : «وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء» . لم يختلف مسلمان فى أن هذه الآية التى فيها فرض قتال الفئة الباغية محكمة غير منسوخة فصح أنها الحاكمة فى تلك الأحاديث فما كان موافقاً لهذه الآية فهو الناسخ الثابت وما كان مخالفاً لها فهو المنسوخ المرفوع . وقد ادعى قوم أن هذه الآية وهذه الأحاديث فى اللصوص دون السلطان . وهذا باطل متيقن لأنه قول بلا برهان وما يعجز مدع أن يدعى فى تلك الأحاديث أنها فى قوم دون قوم وفى زمان دون زمان ، والدعوى دون برهان لا تصح وتخصيص النصوص بالدعوى لا يجوز لأنه قول على الله تعالى بلا علم ، وقد جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن سائلا سأله عمن طلب ماله بغير حق فقال عليه السلام : لا تعطه ، قال فإن قاتلنى ؟ قال قاتله ، قال فإن قتلته ؟ قال إلى النار ، قال فإن قتلنى ؟ قال فأنت فى الجنة أو كلاماً هذا معناه ، وصح عنه عليه السلام أنه قال : المسلم أخو المسلم لا يثلمه ولا يظلمه . وقد صح أنه عليه السلام قال فى الزكاة من سألها على وجهها فليعطها ، ومن سألها على غير وجهها فلا يعطها وهذا خبر ثابت رويناه من طريق الثقاة عن أنس بن مالك عن أبى بكر الصديق عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا يبطل تأويل من تأول أحاديث القتال عن المال على اللصوص فاللصوص لا يطلبون الزكاة وإنما يطلبه السلطان فاقتصر عليه السلام معها إذا سألها على غير ما أمر به عليه السلام ، ولو اجتمع أهل الحق ما قاواهم أهل الباطل .

ثم انتهى ابن حزم إلى القول بأن «الواجب إن وقع شيء من الجور وإن قل أن يكلم الامام فى ذلك ويمنع منه فإن امتنع وراجع الحق وأذعن للقود من البشرة أو من الأعضاء ولاقامة حد الزنا والقذف والخمر عليه فلا سبيل إلى خلعه وهو امام كما كان لا يحل خلعه فإن امتنع من انفاذ شيء

من هذه الواجبات عليه ولم يراجع وجب خلعه واقامة غيره ممن يقوم بالحق لقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » ولا يجوز تضييع شيء من واجبات الشرائع » .

وهكذا يرى ابن حزم وجوب مقاومة السلطان الجائر مقاومة إيجابية تنتهى بوجوب خلعه إن هو أصر على الجور ، متمشياً فى ذلك مع الإسلام نصاً وروحا .

الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ :

فى مصنف من مصنفاته الجامعة هو « إحياء علوم الدين » وضح الإمام أبو حامد الغزالى رأيه فيما نحن بصدده . لقد ضمن مصنفه هذا « فى كتاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى الباب الرابع منه » : « قد ذكرنا درجات الأمر بالمعروف ؛ وأن أوله التعريف ؛ وثانيه الوعظ ؛ وثالثه التخشين فى القول ؛ ورابعه المنع بالقهر فى الحمل على الحق بالضرب والعقوبة ، والجائز من جملة ذلك مع السلاطين الرتبتان الأوليان وهما التعريف والوعظ . وأما المنع بالقهر فليس ذلك لآحاد الرعية مع السلطان فإن ذلك يحرك الفتنة ويهيج الشر ويكون ما يتولد منه من المحذور أكثر ، وأما التخشين فى القول كقوله : يا ظالم يا من لا يخاف الله وما يجرى مجراه فذلك إن كان يحرك فتنة يتعدى شرها إلى غيره لم يجز وإن كان لا يخاف إلا على نفسه فهو جائز » .

ومعنى ذلك أن الغزالى يرى أن الحديث المشهور « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان » مقصور على طائفة من الناس دون طائفة ، على المحكومين دون الحكام . وكأنه أراد توضيحاً للحديث أن يقول : من رأى منكم منكراً وقع من آحاد الناس فليغيره بيده . . . والحق إن مصنفنا لم يتردد فى أن يأخذ على مسئوليته الشخصية تحريم مقاومة الحاكم الجائر مقاومة جماعية إيجابية بالقهر أو بالتخشين فى القول ، فهو لم يقدم للقارىء سنداً

من الكتاب أو من السنة لهذا التحريم وإنما يعرضه — كما يبدو من عباراته — على أنه رأيه الخاص ثم يبرره بفكرة شخصية هى الخوف من تحريك « الفتنة وتهييج الشر ومن أن يكون المتولد منه من المحذور أكثر » . وما أشبه هذا القول بما جاء فى رسالة البابا ليون الثالث عشر الصادرة فى سنة ١٨٧٨ ميلادية . ونحن لا يسعنا إلا أن نحترم رأى فقيهنا هذا ما دام أنه رأى شخصى يقيمه صاحبه على أساس اجتماعى لا دينى ، فهو لم يحاول أن يسنده إلى الاسلام مفتريا عليه كما فعل غيره على نحو ما سنرى . فرأى فقيهنا هذا يميل إلى الاجتهاد دون التقليد وكل ما يقال عنه أن فيه حذراً شديداً وحيطة بالغة ، وقد تكون فيه مجاراة ومداراة مردها إلى أن الفقيه قد عاش فترة لا يستهان بها من حياته فى ظل « نظام الملك » الوزير السنجوقى فى بغداد ودرس فى المدرسة النظامية بها ، فكان لا مناص من أن يتحاشى فيما نحن بصدده ما يغضب الحكام . ومهما يكن من أمر فإن لإمامنا فضلا يمتاز به على من أنكر من علماء المسلمين على الأمة حق مقاومة الجور هو أنه قد برر انكاره لهذا الحق بفكرة شخصية صرفة ، فلم يفتر على الاسلام علماً منه بأنه ليس فيه ما يستند إليه لتحريم هذه المقاومة — وذلك على عكس ما فعل غيره كما سيأتى — فكان هذا منه أقرب إلى الشجاعة والأمانة .

أبو بكر محمد بن محمد بن الوليد الفهرى الطرطوشى المتوفى سنة ٥٢٠ هـ :

لأبى بكر محمد الطرطوشى مصنف خصصه لأصول الحكم شأن كتاب الأحكام السلطانية لأبى الحسن الماوردى هو « سراج الملوك » . لقد عرض فقيهنا فى سفره هذا لمسألة جور الحاكم بطريقة مباشرة عارضاً رأيه فيها بصريح العبارة ، وذلك على عكس صاحب الأحكام السلطانية . والذى يستعرض ما جاء فى « سراج الملوك » بصدد مسألتنا يلاحظ أن فقيهنا الطرطوشى متناقض مع نفسه لا يستقيم مع منطقه إلى النهاية لقد خصص فى مصنفه بابا « لفضل الولاة إذا عدلوا » حض فيه السلطان على العدل وحرم عليه الجور وأشاد بفضل السلطان العادل وحط من قدر

الجائر حتى قال : « وليس فوق السلطان العادل منزلة إلا نبي مرسل . . . وليس لله سلطان إلا وقد أخذ عليه شرائط العدل ومواثيق الانصاف وشرائع الاحسان . وكما أنه ليس فوق رتبة السلطان العادل رتبة كذلك ليس دون رتبة السلطان الشرير الجائر رتبة لأن شره يعم كما أن خير الأول يعم » . يقول فقيهنا : « وليس لله سلطان إلا وقد أخذ عليه شرائط العدل ومواثيق الانصاف وشرائع الاحسان » . وهذه العبارة وما تنطوى عليه من فكرة يستتبعها : إن أراد فقيهنا أن يجارى منطقه غير مغرض فيما يذهب إليه أنه لما كان السلطان لا يباشر سلطته إلا وفق شرائط العدل ومواثيق الانصاف وشرائع الإحسان التى أخذها الله عليه ، فإن سلطته لا تظل قائمة إلا بقدر حرصه على العمل وفق شرائط العدل ومواثيق الانصاف . فإن أخل بذلك زالت عنه السلطة فإن ظل قابضاً عليها عد غاصباً لا طاعة له على أحد . ولكن فقيهنا أبى أن يتمشى مع منطق فكرته هذه إلى النهاية ، فراح فى الباب الخامس عشر من كتابه يناقض هذه الفكرة فيقول إن « من إجلال الله إجلال السلطان عادلا كان أو جائراً ... الطاعة عصمة من كل فتنة ونجاة من كل شبهة ، طاعة الأئمة عصمة لمن لجأ اليها ، وحرز لمن دخل فيها ، ليس للرعية أن تعترض على الأئمة فى تدبيرها وإن سولت لها أنفسها بل عليها الانقياد وعلى الأئمة الاجتهاد ... » كيف يتفق هذا القول مع عبارة المؤلف نفسه « ليس لله سلطان إلا وقد أخذ عليه شرائط العدل ومواثيق الإنصاف كيف يكلف الله السلطان بالعدل ويحرم عليه الجور ثم يقره على جوره فيكون من إجلاله جل شأنه إجلال السلطان الجائر . لعله يقصدبعبارة « الطاعة عصمة من كل فتنة ونجاة من كل شبهة » : تبريرعدم مجاراته لمنطقه إلى النهاية ليحض الناس على إجلال السلطان وإن كان جائراً على الرغم من أن بقاء سلطانه معلق على عمله بمقتضى شرائط العدل ومواثيق الانصاف الذى أخذها الله عليه ، لعله يقصد بهذه العبارة أن يقول ولو أن الأصل أن للأمة أن تقاوم السلطان إن جار إلا أن إجلاله حتى فى هذه الحالة فرض لأن فى ذلك محاشاة للفتن وهو بذلك يكون

قد اقترب من فكرة الإمام الغزالى . ولكن الظاهر أن المؤلف لم يقصد ما رمى إليه الغزالى وانما كل ما هدف اليه من وراء عبارته وأفكاره هذه المتناقضة مع فكرته الأولى كما يبدو واضحاً من العبارات نفسها هو مداراة السلطان ومراءاته . ولقد ذهب الفقيه إمعاناً فى المداراة والمراءاة إلى حد القول بأنه « ليس للرعية أن تعترض على الأئمة فى تدبيرها وإن سولت لها أنفسها بل عليها الانقياد » . هذا كلام غريب عن الاسلام . إن فقيهنا بقوله هذا يحرم على الناس حق المعارضة ويأمرهم بالانقياد للحاكم وإن فجر وظلم متناسياً قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فى ذلك فذلك شهيد » ، لقد حرم فقيهنا على المسلم ما اعتبره رسول الله من أعمال البطولة التى يثاب عليها القائم بها أجزل الثواب ، وكذلك تناسى قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يده أوشك أن يعمهم الله تعالى بعقاب » . لقد حرم الفقيه على المسلمين حق المعارضة وقد أحلها رسول الله بل وحض على مباشرتها ، وكذلك فعل الخلفاء الراشدون .

ويذهب فقيهنا إلى حد التحمس للاستكانة والتقاعد عن معارضة الحاكم الجائر فيفرد بابا خاصا [1] لما « يجب على الرعية إذا جار السلطان » يقول فيه : « إذا جار عليك السلطان فعليك الصبر وعليه الوزر » . ولو أنك راجعت فقه رجال الكنيسة الكاثوليكية فى هذا الصدد لوجدت فيه مثل هذا القول . عدا أن صاحب سراج الملوك قد عز عليه أن يسلك هذه الجرأة داعياً الناس إلى الصبر على الجور دون أن يستند إلى الدين فراح يسرد على القارىء أحاديث عن النبي إن تمعنت فى قراءتها لوجدت بعضها لا يتصل بمسألة مقاومة الحاكم الجائر أصلا وبعضها يصلح أن يقوم دليلا على عكس مايدعى . ومع ذلك فقد استدعاها فقيهنا من باب المغالطة والافتراء

(١) الموفى أربعون .

على الاسلام تمسحاً فيه شأن أغلب علماء أهل السنة والجماعة المحافظين ، ولو أن ما أتى به مصنفنا من أحاديث فى هذا المقام صحيحة كدليل على أن النبى قد حرم مقاومة الحاكم الجائر وأمر بالصبر على الجور فكيف يوفق المؤلف بينها وبين ماروى عنه صلى الله عليه وسلم من أحاديث تفيض بالأمر بالضرب على يد الظالم وترفع من يقتل فى سبيل مقاومة الجور إلى أعلى مراتب الشهادة ، كل ذلك بصريح العبارة دون لبس أو غموض ، ثم كيف فاتت الأحاديث التى ذكرها صاحب سراج الملوك — تعزيزاً لوجوب الصبر على الجور — على أبى بكر عند ما خطب الناس قائلا : « فإن أحسنت فأعينونى وإن أسأت فقومونى » ولم يقل لهم : وإن أسأت فاصبروا » وكيف فاتت على عمر عند ما حمد الله أن جعل فى المسلمين من يقوم اعوجاج عمر بسيفه ولم يحمده أن جعل فى المسلمين من يصبر على اعوجاج عمر ، وهل فات على فقيهنا أن سياسة الخلفاء الراشدين إزاء أمر معين تعتبر جزءا من تعاليم الإسلام وأن ماعداها بدعة وكل بدعة ضلالة .

ولكن يكفيك أن تعلم أن فقيهنا قد كتب مصنفه هذا فى كنف أمير وقدمه لأمير [1] لكى تقف على مادفعه إلى المغالطة التى أدت به إلى التناقض مع نفسه .

وبعد فهذا بعض مما كتب فى عصور الإسلام المختلفة عن مشروعية الثورة على الجور وما يتصل بها ، وهو يعبر عن الأفكار السائدة فى تلك العصور لدى علماء جمهور المسلمين ، أى لدى علماء أهل السنة والجماعة الذين يكونون أضخم فرقة إسلامية وما دونها فرق صغيرة متفرقة أعظمها شأناً لا يعتد به بجوارهم ، حتى إننا إذا ذكرنا جماعة المسلمين فإنما نقصد بها أهل السنة والجماعة . وأهل السنة والجماعة فرقة محافظة خطتها التسليم والتقليد ، تسليم بما كان وما يكون ، وتقليد للسابقين ، وفى ذلك إنكار لسلطة العقل ، وتعظيم

(١) كما يبدو من خطبة الكتاب .

للجمود . ولقد استطاع علماء فرقة المحافظين هذه أن يتسلطوا على المجتمع الاسلامى أكثر من ألف سنة قاسى فيها الإسلام أقبح ألوان الجمود ، فلو أنك استعرضت ما كتبه فى ناحية معينة علماء السنة والجماعة على مر العصور لوجدته واحداً لا يتغير فى فكرته ولا حتى فى طريقة عرضه وعباراته وكثيراً ما يقتصر الاختلاف على خطبة المؤلف أو مجرد درجة البسط فى الموضوع على الرغم من اتساع شقة الزمن بين تاريخ المصنفين ، ولما كان من الطبيعى أن يلاقى مثل هذا المسلك رواجا لدى الخلفاء والسلاطين والملوك فى تلك العصور فقد كانوا أشد من علماء الدين حرصاً على أن تظل الأمة جامدة تسلم بما كان وما يكون لأن فى ذلك تسليما منها بسلطانهم وتقديساً لسيادتهم فقد احتضنوا علماء المحافظين ونصروهم على مخالفيهم من ذوى الرأى والشخصية ، وكان لزاما على العلماء والحال هذه اعترافا بفضل الخلفاء والسلاطين أن ينكروا على الناس حقاً اعترف الله والرسول به لهم وحضهم رسول الله على مباشرته وأقره الخلفاء الراشدون ، ألا وهو حق مقاومة الجور والثورة عليه ، ناصحين لهم بالصبر على نحو ما أسلفنا فى الوقت الذى يدعون فيه أنهم يتميزون على الفرق الإسلامية الأخرى بتمسكهم بسنة الرسول وخلفائه الراشدين .

شرعية الثورة عند الفرق الأسلامية الأخرى

هذا ما كان من أمر أهل السنة والجماعة وهم المسالمون من المسلمين الذين كانوا يرضون بالأمر الواقع مفضلين السلام على نصرة الحق والدفاع عن الرأى . ومثل هؤلاء يكونون فى كل زمان ومكان الغالبية العظمى من الأمة . أما ذوو الرأى والشجاعة والإقدام فإنهم لا يرضون بالتسليم بالأمر الواقع والانتظام فى قطيع الجماعة من غير قيد ولا شرط . ولقد كان ذلك شأن بعض الفرق التى خرجت على جماعة المسلمين وهم لذلك يعتبرون فى نظر علماء السنة والجماعة فى ضلال بين فى حين أن أهل السنة والجماعة — على حد قول أحد علمائهم (أبو منصور عبد القادر بن طاهر بن محمد البغدادى

المتوفى سنة ٤٢٩ هجريه فى كتابة « الفرق بين الفرق ») — هم أصحاب الدين القويم والصراط المستقيم « ثبتهم الله تعالى بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة . . »[1]. والذى يعنينا من أمر الذين خرجوا على جماعة المسلمين اختلافهم مع أهل السنة والجماعة على المسائل السياسية ، لقد كانت مسألة الخلافة ووجهة النظر فيها هى جوهر الخلاف وأصله بين أهل السنة والجماعة وأغلب الفرق الخارجة . ثم إن الأمر لم يخل بالنسبة للفرق الأخرى من اختلاف حول مسألة سياسية ولو بطريقة غير مباشرة . ولقد ترتب على ذلك اختلاف هذه الفرق مع الجماعة على مركز الفرد من الحاكم الجائر مما يستدعى أن نعرض لرأى الرئيسى من هذه الفرق فى هذا الصدد .

الخوارج : لقد اختلف الخوارج مع الجماعة وخرجوا عليها بسبب الخلافة واختلاف وجهة النظر فيها . ولقد ذهبوا بدورهم فرقا متعددة ، ولكنهم ظلوا جميعاً متفقين فى رأيهم عن الخلافة وفى مقاومة الحاكم الجائر .

لقد كان رأيهم فيما يتعلق بالخلافة أنه إذا كان لابد منها فإن أصلح الناس لها هو أحقهم بها قرشياً كان أو غير قرشى ، عربياً كان أو أعجمياً ، بل وذهب بعضهم إلى عدم وجوب الخلافة أصلا فالواجب عندهم هو « إمضاء أحكام الشرع فإذا توطأت الأمة على العدل وتنفيذ أحكام الله تعالى لم يحتج إلى امام ولا يجب نصبه »[2] إذ لاحكم إلا لله .

ولهذا الأمر عندهم تاريخ يبدأ مع تاريخ نشأتهم . لقد اجتمعوا فى منزل أحدهم منذ قيامهم وخطب فيهم خطيبهم يقول : (أما بعد : فوالله ماينبغى لقوم يؤمنون بالرحمن وينسبون إلى حكم القرآن تكون هذه الدنيا . . . آثر عندهم من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والقول بالحق . . . فاخرجوا بنا اخواننا من هذه القرية الظالم أهلها . . . منكرين لهذه البدع المضلة) . ثم خرجوا إلى قرية قريبة من الكوفة استنكاراً لما اعتقدوا أنه باطل .

---

(١) ص : ٣٠٣

(٢) مقدمة ابن خلدون الفصل السادس والعشرون .

ثم إن الخوارج على اختلاف فرقهم اتفقوا على وجوب الخروج على السلطان الجائر . قال صاحب كتاب « الفرق بين الفرق » : « قد اختلفوا فيما يجمع الخوارج على افتراق مذاهبهم فذكر الكعبى فى مقالاته أن الذى يجمع الخوارج على افتراق مذاهبها إكفار على وعثمان والحكمين وأصحاب الجمل وكل من رضى بتحكيم الحكمين والاكفار بارتكاب الذنوب ووجوب الخروج على الإمام الجائر . وقال شيخنا أبو الحسن الذى يجمعها إكفار على وعثمان وأصحاب الجمل والحكمين ومن رضى بالتحكيم وصوب الحكمين أو أحدهما ووجوب الخروج على السلطان الجائر »(١).

ولقد ظلت البداوة تغلب على الخوارج لعدم تأثرهم — على عكس غيرهم من الفرق الاسلامية — بالفلسفة اليونانية أو ثقافة الفرس فظلوا محتفظين بالشجاعة العربية إلى أبعد حدودها والصراحة البدوية فى القول والفعل يثورون ويموتون دفاعاً عن مبادئهم ولا يخافون فى الحق لومة لائم . لقد كان من مبادئهم كما أسلفنا وجوب الخروج على السلطان الجائر . إن الخروج على السلطان إن جار ليس عندهم مجرد حق للفرد وإنما هو واجب يكلف بمباشرته كل مسلم ولا تسقط عنه هذا الواجب قوة السلطان وعدته ، وإنما يتحتم على المسلم مقاومة الإمام الجائر بالخروج عليه جهاراً ولو كان هلاك الجماعة الخارجة محققاً لقوة السلطان ، لأن واجب النهى عن المنكر الذى يكلف به المسلم يقضى بذلك . ولو أن الخوارج تأثروا — كما تأثر غيرهم من العرب — بفلسفة الإغريق وثقافة الفرس مع حرصهم على شجاعة البداوة وفهم الإسلام مجرداً عن الأهواء لوصلت الينا عنهم من الأبحاث ما يفيض بمعالجة حق مقاومة الحاكم الجائر فى الإسلام . وما من شك فى أن قد كانت لهم خطب وحكم فى هذا الصدد ، ضاعت مع الزمن .

---

(١) ص : ٥٥

عند الشيعة : لقد نشأت هذه الفرقة هى الأخرى وليدة اختلاف وجهات النظر فى الخلافة . لقد كان جوهر الخلاف بين الشيعة وغيرهم من المسلمين ينحصر فى مسألة الخلافة ، لمن تكون ؟ فكان أساس التشيع الاعتقاد بأن علياً وذريته أحق الناس بالخلافة . ثم إن هذه الفرقة الخارجة على الجماعة كانت ترى « أن الإمامة ليست من المصالح العامة التى تفوض إلى نظر الأمة ، ويتعين القائم بتعيينهم ، بل هى ركن الدين ، وقاعدة الإسلام ، ولا يجوز لنبي اغفالها ، ولا تفويضها إلى الأمة ، بل يجب عليه تعيين الإمام لهم ، ويكون معصوما من الكبائر والصغائر . وإن عليا رضى الله عنه هو الذى عينه صلوات الله وسلامه عليه »[1]، ثم راحوا يقولون بفضل على وعصمته إلى أن رفعوه إلى مرتبة أسمى من مرتبة البشر . يقول ابن أبى الحديد فى شرحه على نهج البلاغة (وهو شيعى معتدل) .... « إن عليا أفضل الخلق فى الآخرة وأعلاهم منزلة فى الجنة ، وأفضل الخلق فى الدنيا وأكثرهم خصائص ومزايا ومناقب وكل من عاداه أو حاربه أو بغضه فإنه عدو الله سبحانه وتعالى وخالد فى النار مع الكفار .. والحاصل أنا لم نجعل بينه وبين النبى صلى الله عليه وسلم إلا رتبة النبوة وأعطيناه كل ما عدا ذلك من الفضل المشترك بينه وبينه » . ويقول الشهرستانى فى « الملل والنحل » إن من الشيعة من قال إنه « حل فى على جزء إلهى واتحد بجسده فيه ، وبه كان يعلم الغيب . . . وبه كان يحارب الكفار . . . والرعد صوته والبرق تبسمه . . . » . ثم إن فرقة من فرق الشيعة غالت فى ذلك إلى حد أن فقههم يدور كله حول الإمام وصفاته حتى سموا « بالإمامية » نسبة إلى الإمام . ولو أنك تصفحت كتاب « أصول الكافى » لمحمد بن يعقوب الكلينى المتوفى سنة ٣٢٨ هجرية وهو من رؤساء الشيعة وحججهم فى الفقه للاحظت أن الكلام عن الإمام قد استنفد أكثر من نصف السفر . ولاحظت أن ما جاء فيه عن الإمام يدور كله حول رفع الإمام فوق مرتبة

---

(١) مقدمة ابن خلدون .

البشر » فالأئمة شهداء الله على خلقه وهم الهداة ، ولاة أمر الله وخزنة علمه . هم نور الله عز وجل ، أركان الأرض ، وهم أهل الذكر والراسخون فى العلم . اصطفاهم الله من عباده وأورثهم كتابه ، وهم معدن العلم وورثته فهم الذين ورثوا علم النبي وغيره من الأنبياء ، وهم يعلمون علم ما كان وما يكون ولا يخفى عليهم شيء ، وليس شيء فى أيدى الناس من الحق إلا ما يخرج من عند الأئمة وإن كل شيء لم يخرج من عندهم فهو باطل ، وإن الأرض كلها للإمام . ويقول صاحب « الكافى » فى باب جامع لفضل الإمام وصفاته عن « الرضا » إن « الإمامة أجل قدراً وأعظم شأنا وأعلى مكانا وأمنع جانبا وأبعد غوراً من أن يبلغها الناس بقولهم أو ينالوها بآرائهم ويقيموا إماما باختيارهم ، إن الإمامة خلافة الله وخلافة الرسول عليه الصلاة والسلام . الإمام كالشمس الطالعة بنورها للعالم وهى فى الأفق بحيث لاتنالها الأيدى والأبصار . الإمام البدر المنير والسراج الظاهر والنور الساطع والنجم الهادى فى غياهب الدجى وأجواز البلدان والقفار ولجج البحار . الإمام الماء العذب على الظماء والدال على الهدى والمنجى من الردى ، الإمام السحاب الماطر والغيث الهاطل والشمس المضيئة والسماء والأرض البسيطة والعين الغزيرة ، الإمام أمين الله فى خلقه وحجته على عباده وخليفته فى بلاده والداعى إلى الله ، الإمام المطهر من الذنوب والمبرأ من العيوب المخصوص بالعلم الموسوم بالحلم ، نظام الدين وعز المسلمين ... الإمام واحد دهره لايدانيه أحد ولا يعادله عالم ولا يوجد منه بدل ولا له مثل ولا نظير ، مخصوص بالفضل كله من غير طلب منه له ولا اكتساب بل اختصاص من المفضل الوهاب فمنذا الذى يبلغ معرفة الإمام أو يمكنه اختباره ، هيهات هيهات ضلت العقول وتاهت الحلوم وحارت الألباب وخست العيون وتصاغرت العظماء وتحيرت الحكماء وتقاصرت الحلماء وحصرت الخطباء وجهلت الألباء وكلت الشعراء وعجزت الأدباء وعييت البلغاء عن وصف شأن من شأنه أو فضيلة من فضائله وأقرت بالعجز والتقصير ، وكيف يوصف بكله أو ينعت بكنهه أو يفهم من أمره أو يوجد من يقوم

مقامه ويغنى غناه ، لا كيف وأنى وهو بحيث النجم من يد المتناولين ووصف الواصفين ، فأين الاختيار من هذا وأين العقول عن هذا ، وأين يوجد مثل هذا ... إن العبد إذا اختاره الله لأمور عباده ... فهو معصوم مؤيد موفق مسدد قد آمن من الخطأ والزلل والعثار » .

وفى باب فرض طاعة الإمام يقول الكلينى عن أبى جعفر أنه قال : دورة الأمر وسناه ومفتاحه وباب الأشياء ورضاء الرحمن تبارك وتعالى الطاعة للإمام . وعن أبى عبد الله أنه قال : « أشرك بين الأوصياء والرسل فى الطاعة » وأنه قال : « نحن قوم فرض الله عز وجل طاعتنا لنا الأنفال ولنا صفو المال ، ونحن الراسخون فى العلم » وعن الرضا أنه قال : « إن الناس عبيد لنا فى الطاعة موال لنا فى الدين فليبلغ الشاهد الغائب » ، وأنه قال : « نحن الذين فرض الله طاعتنا لا يسمع الناس إلا معرفتنا ولا يقدر الناس بجالتنا من عرفنا كان مؤمنا ومن أنكرنا كان كافراً ومن لم ينكرنا كان ضالا حتى يرجع إلى الهدى الذى افترضه الله عليه من طاعتنا الواجبة فإن يمت على ضلالته يفعل الله به ما يشاء » .

هذا ومجرد ميل ابن عبد ربه الأندلسى المتوفى سنة ٣٢٨ ﻫ إلى التشيع المعتدل جعله يعرف السلطان فى مصنفه الجامع « العقد الفريد » ، فى كتاب اللؤلؤ فى السلطان بأنه « القطب الذى عليه مدار الدنيا وهو حمى الله فى بلاده وظله الممدود على عباده . وأن لزوم طاعته فى السر والجهر فرض واجب وأمر لازم لا يتم إيمان إلا به ولا يثبت إسلام إلا عليه » .

وإذا أنت انتقلت إلى شعر الشيعة لوجدته يذهب إلى أبعد مما ذهب إليه فقهاؤهم فى تقديس الأئمة والخلفاء ، فهذا ابن هانىء الأندلسى الشيعى يقول فى المعز لدين الله الفاطمى :

ماشئت لا ما شاءت الأقدار ... فاحكم فأنت الواحد القهار
هذا الذى ترجى النجاة بحبه ... وبه يحط الإصر والأوزار
هذا الذي تجدي شفاعته غداً ... حقا وتخمد أن تراه النار

أنتم أحبـاء الإله وآله خلفاؤه فى أرضه الأبرار
أهل النبوة والرسـالة والهدى فى البينات وسادة أطهار

شرفت بك الآفاق وانقسمت بك الـ أرزاق والآجال والأعمـار
جلت صفاتك أن تحد بعقول ما يصنع المصداق والمكثار

فرضان من صوم وشكر خلاقة هذا بهذا عندنا مقرون
فارزق عبادك منك فضل شفاعة واقرب بهم زلفى فأنت مكين

وإذا كان الإمام عند الشيعة فوق البشر « يحل فيه جزء إلهى ... من عاداه فإنه عدو الله خالد فى النار ... اختاره الله لأمور عباده فهو معصوم مؤيد موفق مسدد ... الواحد القهار ... تشرف به الآفاق وتنقسم به الأعمار والأرزاق » . تحتم أن يطاع طاعة عمياء فليس لأحد أن يناقش ما يفعل أو يعترض على مايشاء ، إن التفكير فى هذا يعد انكاراً لعصمته وتعديا على قداسته . إذ كيف ينعت بالظلم من حل بجسمه جزء إلهى وهل يعصى لمن اختاره الله لأمور عباده . إن تعاليم الشيعة على هذا النحو تريح قاموسهم الفقهى من عبارة « مقاومة الإمام » لأن المقاومة تفترض جور الإمام ، والإمام عندهم معصوم وسلطته لاحد لهـا والعدل ما فعله . والاعتقاد بذلك وطاعته على هذا الأساس جزء من الإيمـان لايكمل إيمـان إلا به ، فلا جور من الإمام ولا احتجاج من الرعية ، ومن ثم فلا وجود لعبارة مقاومة الإمام فى فقه الشيعة إلا فى باب الكفر بداهة . وعلى هذا الأساس كان الناس يخضعون لجور الخلفاء الفاطميين وظلمهم بنفوس راضية مطمئنة فى حين أن الإسلام برىء من هذا كله ، فالعصمة لا يعرفها الإسلام إلا على أساس أنها لله وحده دون عباده حتى الأنبياء والمرسلين منهم ، والمفاضلة بين الناس لاتكون إلا على أساس العمل الطيب : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ، « ليس لعربى فضل على أعجمى إلا بالتقوى » ، وكيف يؤله على وتقدس الأئمة من ذريته فى حين أن الاسلام لم يؤله محمداً نفسه ،

قال الله تعالى فى كتابه العزيز يخاطبه : « قل إنما أنا منذر ، وما من إله إلا الله الواحد القهار »[1] . و « قل إنما أنا بشر مثلكم يوحى إلى إنما إلهكم إله واحد فمن كان يرجو لقاء ربه فليعمل عملا صالحا ، ولا يشرك بعبادة ربه أحداً »[2] .

عند المعتزلة : لقد كان الخوارج والشيعة كما هو واضح مما سبق على طرفى نقيض فيما نحن بصدده ، فالشيعة يؤلهون الإمام فينزهونه عن الزلل لا يتصور منه جور وبالتالى لا محل عندهم لمسألة مقاومة الإمام ، فى حين أن الخوارج رأوا فى الخليفة فرداً كآحاد الناس يخطىء ويصيب ، فإن أصاب فبها وإلا وجبت مقاومته بحد السيف . أما الفرقة الإسلامية الثالثة وهى فرقة المعتزلة التى عاصرت فرقتى الخوارج والشيعة إلى أن قضى عليها على أثر إعلان المتوكل سنة ٢٣٤ هجرية إقفال باب الجدل وأمر الناس بالتسليم والتقليد ، فإنها تختلف عن هاتين الفرقتين من حيث سبب نشأتها ومن ثم من حيث نظرها إلى مسألة مقاومة السلطان الجائر . لقد كان سبب نشأة كل من فرقتى الخوارج والشيعة الاختلاف مع الجماعة على أمر الخلافة من يستحقها وما وصفه من الناس ؟ أما المعتزلة فلم تأت مسألة الخلافة عندهم فى المرتبة الأولى ، فهم لم يعتزلوا الجماعة بسببها شأن غيرهم ، وإنما اختلفوا مع الجماعة أى مع المحدثين والفقهاء من أهل السنة والجماعة على مسائل فقهية أغلبها لا يمس علاقة الخليفة بالرعية اللهم إلا القليل منها وبطريقة غير مباشرة .

ولقد ذهب المعتزلة أنفسهم مذاهب مختلفة ولكنهم اتفقوا جميعاً على رأى واحد فى أمور خمسة خالفوا بها أهل السنة هى : التوحيد ، والوعد والوعيد والأسماء ، والأحكام ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . ومنشأ

---

(١) ص : ٦٥
(٢) الكهف ١١٠

الخلاف بينهم وبين أهل السنة على هذه الأمور الخمسة هو احترام المعتزلة لسلطان العقل وإنكار كل ما لا يقبله ، فى حين أن أهل السنة كما أسلفنا يحافظون على القديم لقدمه ولا يرضون إلا به .

والذى يعنينا من آراء المعتزلة فى هذه المسائل الخمسة ، وكلها دينية ، مسألة واحدة هى مسألة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فهى تتصل اتصالا مباشراً بمسألة المقاومة . لقد أله الشيعة الإمام فليس من المعقول أن ينهى عن المنكر لأن الأصل فيه أنه معصوم وأن العدل ما يفعله ، وذهب الخوارج إلى النقيض من ذلك فأوجبوا الخروج على السلطان الجائر ونهيه عن المنكر بحد السيف واتخذ علماء السنة والجماعة من مسألة نهى السلطان عن المنكر موقفاً كله حذر فهم ينصحون فى أسفارهم السلطان بالعدل لأنهم يتوقعون منه الجور ، ولكنهم من باب الحذر والمداراة يرون عدم جواز نهى السلطان عن المنكر باليد (بالقهر) بل وبالتخشين فى القول فليس ذلك للرعية مع السلطان وإنما على السلطان الوزر وعلى الرعية الصبر على نحو ما أسلفنا ، فهم وإن كانوا أحسن حالا من الشيعة فيما يتعلق بموقف الأمة من الخليفة الجائر إلا أنهم قد ظلوا مع ذلك بعيدين عن الإسلام وحكمه فى هذا الصدد تزلفاً للخلفاء والسلاطين واستسلاما للأمر الواقع . أما المعتزلة فلهم فى مسألة النهى عن المنكر رأى أجرأ من رأى علماء أهل السنة ولكنه لم يصل إلى تطرف رأى الخوارج فى هذا الصدد . كان الخوارج يرون أن استعمال السيف لنهى السلطان عن المنكر فرض عين يتحتم على كل مسلم متى اقتنع بجور السلطان دون النظر إلى نتيجة المقاومة سواء لديهم حققت غرضها أم لم تحققه ، ولقد ظلوا مؤمنين بذلك المبدأ حريصين عليه حتى أبيدوا ، أما المعتزلة فقد كانوا أقل منهم إقداما فى هذا المقام . يرى الزمخشرى وهو من أكبر علماء المعتزلة فى تفسير قول الله تعالى : « ولتكن منكم امة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » . أن النهى عن المنكر من فروض الكفايات لا فرض عين لأنه

لا يصلح له إلا من علم كيف يرتب الأمر فى إقامته وكيف يباشره ، وشروط وجوب النهى عن المنكر أن لا يغلب على ظن من يباشر النهى أنه إن أنكر لحقته مضرة عظيمة[1]. وجاء فى « مقالات الإسلاميين »[2] أن المعتزلة أوجبوا على الناس الخروج على السلطان على الإمكان والقدرة إذا أمكنهم ذلك وقدروا عليه ، وأنه لا يجوز الخروج على إمام جائر إلا لجماعة لهم من القوة والمنعة ما يغلب على ظنهم معها أنها تكفى للنهوض وإزالة الجور .

ومن العجيب أن المعتزلة مع ما اختصوا به من حرية فى الرأى وفلسفة عميقة مع إكثار فى التأليف لم يخلفوا لنا مصنفاً ما فى طبيعة الخلافة وما يتصل بها من مسائل كموقف الأمة من الخليفة الجائر اللهم إلا ما وصلنا عنهم من أفكار مبعثرة فى ثنايا كتب إخبارية جامعة ، كأن يذكر الشهرستانى فى « نهاية الإقدام » : أن أبا بكر الأصم وهشام القوطى شاركا بعض الخوارج فى « أن الأمامة غير واجبة فى الشرع وجوبا لو امتنعت الأمة عنه استحقت اللوم ، بل هى مبنية على معاملات الناس فإن تعادلوا وتعاونوا وتناصروا على البر والتقوى واشتغل كل واحد من المكلفين بواجبه استغنوا عن الإمام » ، أو من رسالات قصيرة لا تعالج هذه المسألة مباشرة كرسالة الجاحظ فى بنى أمية — وهو من فطاحل المعتزلة — فقد احتج فيها على النابتة من أهل عصره ، ومبتدعة دهره الذين يقولون « بأن سب ولاة السوء فتنة ولعن الجورة بدعة » يجمعون على أنه ملعون من قتل مؤمناً متعمداً أو متأولا ، فإذا كان القاتل سلطانا جائراً أو أميراً عاصياً لم يستحلوا سبه ولا خلعه ولا نفيه ولا عيبه ، وإن أخاف الصلحاء وقتل الفقهاء وأجاع الفقير وظلم الضعيف ، وعطل الحدود والثغور ، وشرب الخمور ، وأظهر الفجور » .

---

(١) الكشاف .

(٢) ٢/٤٦٦

ولعل السبب فى ذلك يرجع لا إلى تقصيرهم فى هذا الميدان فنحن نستبعد ذلك منهم وإنما نرجح أنه على أثر القضاء على مذهبهم بمقتضى أمر تحريم الجدل للرجوع إلى التسليم والتقليد الذى أصدره « المتوكل » سنة ٢٣٤ هجرية لاقت كتاباتهم اضطهاداً من أهل السنة لتعصبهم البغيض ، ذلك الاضطهاد الذى لاقى رواجا لدى السلاطين وخاصة بالنسبة لكتاباتهم فى هذه الناحية بالذات فكان ذلك كفيلا بالقضاء عليها .

ثالثاً — شرعية الثورة فى الفلسفة السياسية :

كتابات القرن السادس عشر والأفكار البروتستانتية[1]

لقد عاصرت منذ العصر الوسيط الفقه الكنسى فيما نحن بصدده كتابات مدنية ، دارت منذ البداية حول فكرة العقد السياسى وما يترتب عليه من حقوق للجماعة : فمنذ فجر العصر الوسيط كانت كل مملكة تعد جماعة عليا أو وحدة جامعة تضم جماعات حرفية وسياسية وكنسية وجامعية ، لكل منها استقلالها الذاتى يربطها عقد ضمنى بالملك الذى يحمى لها بمقتضاه حقوقها ويؤمنها عليها ، وفى نظير ذلك تدين هذه الجماعات للملك بالطاعة والنصرة ومن ثم فلا طاعة ولا نصرة إلا بقدر حرص الملك على حماية حقوق الجماعات الداخلة فى المملكة ؛ فإن هو باشر سلطانه بشكل فيه تعد على هذه الحقوق فأخل بالتزامه سقطت عن الجماعات التزاماتها الناشئة عن العقد ، فكان لها أن تثور على هذا التعدى لتسترد استقلالها وكثيراً ما لجأ الكتاب فى العصر الوسيط إلى هذه الفكرة لتبرير مقاومة تلك الجماعات للسلطة الملكية . ثم إن المؤلفين والكتاب ذهبوا إلى أبعد من ذلك فخرجوا فكرة العقد الضمنى هذه تخريجاً أدى إلى نظرية جديدة تتلخص فى أنه لما كان الملك يباشر السلطة بمقتضى عقد يبرم بينه وبين الرعايا ، فإن ذلك معناه أن الشعب كان صاحب هذه السلطة فى بادىء الأمر

(١) راجع بهذا الصدد الصفحات ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ المشار اليها فى هامش ص ١٤٨

ثم خول للملك مباشرتها بعد أن بين فى هذا العقد طريقة المباشرة محتفظاً لنفسه بحق نقلها من يد إلى يد إذا ما بوشرت على وجه يضر بالأمة . وتبدو هذه الفكرة واضحة فى كتابات بعض مؤلفى القرن الرابع عشر ، ففى «حامى السلام»[1] الذى أخرج سنة ١٣٢٤م يؤكد مؤلفه مارسيل دى بادو[2] أن الشعب هو صاحب السيادة لا لأنه مصدر قيام السلطة المدنية فحسب وإنما لأنه يظل يملك مراقبة نشاط هذه السلطة بعد قيامها . ولكن الحق أن فكرة سيادة الشعب كأساس لحق مقاومة الجور لم تظهر بشكل جدى إلا فى كتابات القرن السادس عشر حين بدأت الفلسفة السياسية تتصدى لحقوق الشعب قبل الحاكم الفرد ولسلطان هذا الأخير قبل الشعب وحين بدأ الكتاب البروتستانت خاصة ينبرون لمهاجمة الأمير الجائر على أسس فلسفية لا دينية ، وذلك على أثر اضطهاد البروتستانت فى فرنسا اضطهاداً مروعا . وإليك أبرز ما كتب فى هذا القرن بصدد مقاومة الحكومات الجائرة على أسس فلسفية صرفة :

فى مصنف عنوانه « حق ولاة الأمور على الرعايا »[3] صدر سنة ١٥٧٥ م أعلن تيودور دى بيز (de Beze) أن الأمراء للشعوب لا الشعوب للأمراء فلا ملك إلا بالشعب وللشعب ؛ أى عن طريق الشعب ومن أجل الشعب وأن الأمراء تربطهم بالشعوب عقود حقيقية تخضع لمصير سائر العقود ، فإذا طرأ ما يبطل العقد انقضت الالتزامات الناشئة عنه ، وهكذا يكون للشعب حق مقاومة الملك إذا ما أخل بشروط العقد التى تنحصر فى القوانين الإلهية والأساسية للمملكة . ولكن حق المقاومة هذا عند دى بيز لا تترك مباشرته لأفراد الشعب وإنما يتولاه عنهم ممثلوهم فهو يرى فيهم الصورة الصادقة لسيادة الشعب ، وهم الذين يقع عليهم واجب مقاومة

---

(١) Le Defensor Pacis

(٢) Marsile De Padoue.

(٣) Du Drait des magistrats sur leurs sujets.

الأمير الذى يخل بشروط العقد . ولا يشترط دى بيز لكى تكون الثورة على الأمير الجائر مشروعة أن تشعر الأغلبية بالجور وتحس به فكثيراً ما تكون الأغلبية فاقدة الوعى ولا يصح أن يقف فى وجه الأقلية الرشيدة الأكثرية القاصرة البليدة .

وفى مصنفه التاريخى ذى الهدف السياسى عن فرنسا القديمة الذى صدر سنة ١٥٧٣م وضح المؤلف البروتستانتى فرنسوا أوتمان[١] كيف أن نظام فرنسا القديم كان يعترف للشعب بالسيادة التى كان يباشرها عن طريق مجلس طبقات الأمة ، ومن ثم كان لممثلى الشعب حق خلع الملك ونقل التاج من أسرة إلى أسرة . إن الشعوب هى التى نصبت لنفسها الملوك ، ثم ان المواطنين ينصبون الملك ليكون حامياً عادلا لا فاجراً جائراً ؛ فإن هو أخل برسالته ففجر وجار كان للمواطنين بوصفهم ذوى المصلحة أولا وآخراً أن يثوروا عليه ويخلعوه ليختاروا غيره . وهكذا نرى « أوتمان » يخالف « دى بيز » فى أن مباشرة المقاومة إنما تكون للمواطنين جميعاً فلا يقصرها على ممثليهم .

وللفقيه البروتستانتى إيبير لانجو[٢] مصنف يفيض بالاحتجاج على الطغيان وضعه باللاتينية ثم ترجم إلى الفرنسية عام ١٥٨١ م اعتمد فيه صاحبه على فكرة العقد الذى يربط الشعب بالملك ليؤكد حق مقاومة الأمير الجائر مضيفاً أنه لا يرى فى نقل سيادة الشعب إلى الملك تصرفا نهائياً لا رجعة فيه ، وإنما الأمر لا يتعدى تفويض الأمير فى مباشرة هذه السيادة ، ومن ثم كان للشعب أن يستردها منه إن هو أساء استعمالها . وفيما يتعلق بكيفية مباشرة المقاومة يميز فقيهنا البروتستانتى فى مصنفه هذا بين الجور الذى يقع من الأمير الغاصب والجور الذى يقع من الأمير الشرعى : والأمير الغاصب هو الذى لم يتول بحكم مولده أو بالانتخاب

---

(١) Fr Hotman, Le Franco gallia

(٢) Hubert Languet Les Vindiciae Cantra Tyrannos.

فهو لا يملك أية سلطة حقة ، ومن ثم فللرعايا حق رده ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا ، ولا حرج على أى فرد منهم فى أن يقاومه بحد السيف ، فإن استطاع أن يخلص منه وطنه كان جديراً بالتكريم .

وأما بالنسبة للأمير الذى تولى منصبه بسند شرعى ولكنه جار فى حكمه فلم يراع فى حكم البلاد العدالة والانصاف فأمره يختلف عن الحالة الأولى ؛ لأن الأمير هنا يستمد سلطته من عقد أبرمه مع الشعب قاطبة ، ومن ثم فأمر تقدير الجور وما يجب أن يتخذ نحوه من مقاومة ليس من شأن كل فرد على حدة وإنما هو من شأن الشعب كوحدة لا تتجزأ . يجوز أن تكون المقاومة الفردية على حق وعادلة ولكنها مع ذلك تعد عصيانا غير جائز لأن الإرادة العامة (إرادة الشعب) هى وحدها صاحبة الحق فى الأمر بالمقاومة ، ولكن المؤلف يعود فيقول إن الإرادة العامة ليست هى إرادة الشعب فى مجموعه أو إرادة الغالبية من أفراده ، ليست الإرادة العامة هى إرادة هذا الوحش الكاسر ذى الملايين من الرءوس ، وإنما الإرادة العامة يتولى التعبير عنها ممثلو الأمة الذين فوضهم الشعب فى مباشرة حقه فى الإشراف على تصرفات الملك ومراقبتها فى مجلس طبقات الأمة والبرلمان ، إن لهؤلاء وحدهم حق تقدير الجور والأمر بالمقاومة بما فى ذلك خلع الملك وتولية غيره .

وفى رسالة صدرت فى فرنسا عام ١٥٧٣ م بعنوان « موقظ الفرنسيين وجيرانهم »[١] يعلن مؤلفها البروتستانتى أسفه على ما جرى عليه الناس من الرضا والامتثال للطغاة وجورهم فى حين أنهم يستطيعون أن يعيشوا فى ظل قوانين صالحة عادلة . ثم يضيف أنه لما كان الأمل ضعيفاً فى أن يجتمع مجلس طبقات الأمة الممثل لها بطريقة منظمة وذلك بسبب شدة طغيان الملك الجائر ، فإنه يخالف غيره فى وجوب ترك تقدير المقاومة

---

(١) **Le reveille matin des françąis et de leurs voisins**

ومزاولتها لهذا المجلس وإنما للمواطنين أنفسهم — ولكل على حدة — أن يعارضوا الجائر ، ثم يقوموه ، ثم يعادوه ، ثم يحاربوه إن استدعى الأمر ذلك . على أن صاحب « موقظ الفرنسيين » ينصح الشعب بأن ينظم جبهة المقاومة تنظيما يكفل لها النجاح .

وفى خارج فرنسا يتأثر بعض الكتاب بأفكار الكتاب الفرنسيين البروتستانت فى هذا الصدد فيكتب الاسكتلاندى بيشامان[1] سنة ١٥٥٧ م فى رسالة عنوانها « قوانين الملكية لدى الاسكتلانديين » قائلا : إن الشعب الذى يتلقى منه الملك جميع حقوقه أسمى منه ، وإن لمجموع المواطنين قبل الملك ما له من سلطان قبل الواحد من المجموع ، وإن الملك إذا جار يكون قد نكث بالميثاق الذى ربطه بشعبه ومن ثم يسترد الشعب حريته . وفى حربه الشرعية ضد الملك الجائر يستطيع الشعب أن يقبض عليه ويخلعه عن العرش ليعين غيره .

وفى المانيا نقرأ لجون آتيسيوس[2] عام ١٦٠٣ فى « السياسة المثلى » نفس الأفكار البروتستانتية . إن الإخلال بشروط العقد الذى يربط الأمير بالشعب يتمخض عنه واجب الثورة على الأمير ، لأن الشعب لم يفوضه فى مباشرة السيادة تفويضاً مطلقاً نهائياً وانما تفويضه فيها كان مقروناً بشرط فاسخ .

وفى أوائل القرن السابع عشر نقرأ نفس الأفكار ولكن بأوصاف جديدة . فها هو فرانسوا سواريز يقول عام ١٦١٣ م فى مؤلفه « الدفاع عن العقيدة »[3] إن السلطة العامة إنما خلقت للصالح العام فإن هى تخلت عن هدفها تخلى عنها التأييد الشعبى ، ومن ثم فليس الأمر مقصوراً على أن يتولى الفرد مقاومة السلطة الضالة ، وإنما الأمر أخطر من ذلك

---

(١) Buchaman, Le de Jure opud Scotas

(٢) Johans Athusinst la politica methodice

(٣) Fr, Suarez, la Defensio Fidei.

لأن الهيئة السياسية هى التى تنحل من تلقاء نفسها إذا ما ذهبت السلطة العامة إلى العمل على تحقيق هدف آخر غير صالح الشعب ، وما الثورة فى هذه الحالة إلا مجرد العودة الى الحالة الاجتماعية السابقة على قيام السلطة العامة .

وقبل أن ننتقل إلى القرن السابع عشر يجب أن ننوه إلى كتاب « العبودية الاختيارية » الذى صدر عام ١٥٥٢ م لصاحبه آتين دى لابواتيى[1]. يقول المؤلف إن العبودية الاختيارية هى ذلك الوضع السياسى الذى يبدو غريباً رغم انتشاره ، إنها هى ذلك الوضع الذى يقبل فيه الشعب جور الحاكم وطغيانه . إنه هو الوضع الذى يقبل فيه الناس السلطة القائمة قبولا لا يقوم على الإيمان بصلاحيتها والرضا عنها وإنما من باب الخمول والجبن . إن الناس فى مثل هذا الوضع السياسى عبيد بإرادتهم ولكن ذلك لا يفقدهم حقهم فى الحرية التى يتلقونها من الطبيعة فلا يفقدونها لمجرد عدم الاستعمال . إن صرف الناس عن التمسك بحقهم فى الحرية لا يكلف الحكومات الجائرة الطاغية أمراً شاقاً وإنما يكفيها أن تعرف كيف تستغل خمول الجماعات السياسى وجبنها . ولما كانت السلطة الجائرة لا تقوم ولا تبقى إلا بقبول الناس إياها كسلا وجبناً فإنه يكفى لكى يسترد الشعب حريته أن يعدل عن تأييده لها . إن التصميم على عدم احترام السلطة القائمة وعدم الاذعان لها لكاف لأن يصبح الناس أحراراً . إن الأمر لا يستدعى دفع الحاكم الجائر أو مهاجمته إنما يكفى لكى يصبح الشعب حراً أن يتخلى عن هذا الحاكم . إن مجرد التخلى عن نصرة الجائر والانفضاض من حوله لكاف للقضاء على جوره ، بل وعليه هو . إذا تخلى الناس عن الأمير الجائر فلم يناصروه تداعى ملكه وانهار من تلقاء نفسه دون ما حاجة إلى عمل قهرى من جانب الشعب . إن أقصى ما يطلب إلى الشعب من مقاومة هو أن يتخلى عن الأمير الجائر بأن يرفض التعاون معه وذلك عن طريق عدم السمع والطاعة .

---

(١) Estienne de la Boetie, la servitude Volontaire

لقد صحب فجر القرن السابع عشر بدء إذعان شعوب أوروبا للنظام والامتثال لسلطة مركزية سرعان ما اشتد ساعدها ، فكان نظام الملكية المطلقة ، ذلك النظام الذى لا ينتظر لفكرة المقاومة فى ظله تأييد من الكتاب والفلاسفة ، ولا أن يكون أمرها من بين ما يشغل الجماهير . ولذا فإننا لو استثنينا الفيلسوف الانجليزى (لوك) الذى ينتمى بأفكاره إلى فلسفة القرن التالى للاحظنا إجماع فلاسفة القرن السابع عشر وكتابه على تحريم المقاومة تحريماً مطلقاً تقديساً للسلطة وصاحبها .

توماس هوبز[1]:

فى مؤلفه عن (الوحش الشعبى) الذى أخرجه سنة ١٦٥١ م ، أسس الفيلسوف الانجليزى هوبز الجماعة على عقد أبرم بين أفرادها نزلوا بمقتضاه عن سلطاتهم جميعاً لشخص لم يكن طرفاً فيه فاجتمعت هذه السلطة لهذا الشخص ومن ثم أصبح رئيساً أعلى ينفرد بالسلطة دون أعضاء الجماعة الذين تجردوا بمقتضى العقد من كل سلطة . وقد ترتب على ذلك أن خضع المجموع لهذا الشخص دون أن يخضع هو لهم لأنه لم يكن طرفاً فى العقد . وفى مجتمع يقوم على هذا الأساس لامجال بداهة لحق الثورة على الحاكم إن جار . إن الحكام فى مجتمع (هوبز) يتمتعون بسلطة مطلقة لا حدود لها ولا حقوق للرعايا إلا تلك التى تخولهم إياها القوانين الوضعية . إن مجرد عدم طاعة السلطة عند هوبز يؤدى إلى تعكير صفو الجماعة مما قد يؤدى إلى فض الرابطة السياسية التى تربط أعضاءها ، راجعة بهم إلى حالة الفوضى الأولى التى لاقوا للخلاص منها صعاباً ومشاقاً جمة . ولما كان المفروض أن أفراد الجماعة لا يرضون لأنفسهم هذا الضرر البالغ فإنه لا مفر من التزام الجميع طاعة السلطان وإن فجر وجار ، ذلك السلطان الذى لا سلطة قبله للرعايا .

(١) Thomas Hobbs, Levathan راجع J. J. chevalier, Les grandes Oeuvres politiques. Paris 1949 .

بوسى [1] :

فى مصنفه « السياسة المستمدة من الكتاب المقدس » الذى نشر سنة ١٧٠٩ م وعن طريق أسس ومبررات غير تلك التى لجأ اليها هوبز وصل الفقيه الفرنسى « بوسى » إلى نتائج لا تختلف عما وصل إليه الفيلسوف الانجليزى عن طريق « عقده الاجتماعى » . إن السيادة عند « بوسى » تتولد كما هى الحال عند « هوبز » عن نزول الأفراد عن حرياتهم جميعاً للسلطان ولكن السلطة التى نشأت عن هذا النزول — كما يدعى « بوسى » — تقوم فى نفس الوقت بمشيئة الله . ان الملكية — كما يقول « بوسى » — نظام مقدس وإن الملوك يباشرون مهامهم كوزراء لله فى الأرض فالتعدى عليهم عيب فى الذات الهية . إن شخص الملك مقدس لأن مهمته مقدسة فهو يباشرها بوصفه ممثلا للعناية الالهية ونائبا عنها فى تنفيذ ارادتها ومن ثم فطاعة الملوك طاعة لله وأن الملوك بوصفهم هذا مكلفون بداهة بأن يكونوا أمناء فى أداء رسالتهم وهم يسألون عن ذلك أمام الله وحده . إنه يتحتم عليهم ألا يستعملوا ما خولهم الله من سلطة إلا تحقيقا للصالح العام . ثم يضيف « بوسى » : ولكن عدم مراعاتهم لذلك لا يسقط عن الرعايا واجب احترام رسالتهم المقدسة ، إنه يتحتم على الرعايا طاعة الأمير حتى ولو كان فاجراً ظالماً بل حتى ولو كان كافراً فلقد كان ذلك مسلك المسيحيين الأول فقد كانوا يرون فى أباطرة الرومان المختارين من عند الله الذى خولهم قيادة الناس والحكم فيهم .

ثم يسترسل الفقيه فيقول إن الأمير لا يكلف بتقديم حساب عن مهمته لأى من آحاد الناس مهما عظم قدره ، إن سلطته المطلقة أمر لازم لإشاعة الأمن والطمأنينة والقضاء على الفوضى . يجب أن تطلق سلطته بشكل لا يتمكن معه أحد من التخلص منها . إذا حكم الأمير فلا حكم لغيره . للأمير أن يقوم نفسه إذا ماشعر بأنه جار فى حكمه اذ ليس ثمة سلطة ضد سلطته ولا حدود

---

(1) Bossuet, Politique tirée de L'ecriture Sainte

لهـا إلا مخافة الله فالأمير يتحتم عليه أن يخاف الله فى أداء رسالته بقدر عدم مخافته لغيره مهما عظم شأنه، إن طاعة الأمير فرض واجب مطلق لا استثناء له عند بوسى. ليس ثمة سبب أو ظرف مهما كان شأنه يبيح الخروج على هذه الطاعة لأن مهمة الأمير مقدسة حتى ولو كان كافراً. إن كفر الأمير أو فجوره وجوره لا يعفى الرعايا من واجب الطاعة. ليس للرعايا ازاء جور الأمير وبغيه إلا الصلوات والصبر أو تقديم التماسات لا تتضمن أدنى معنى للاحتجاج وذلك إن فاض بهم الأمر.

بيير جيريه[1] :

وفى وسط هذه الأفكار التى تزعم أصحابها فى فرنسا « بوسى » لحساب الاستبداد والمستبدين ينبرى الفقيه البروتستانتى بيير جيريه فى رسائله الدينية ١٦٨٩ م للأخذ بنصرة الشعب وللدفاع عن حق المقاومة باعثا أفكار القرن السادس عشر بعد أن كاد يقضى عليها. لقد اعتمد جيريه كما فعل « ايتيان » و « لانجو » و « بيشامان » من قبله على فكرة العقد المبرم بين الشعب والأمير لتبرير مقاومة الجور. فى أى ميثاق كان — يقول جيريه — يترتب على اخلال أحد طرفيه بتعهداته إبراء ذمة الطرف الآخر من التزاماته. إن سيادة الشعب — عند جيريه — حقيقة لاخلاف عليها ولا تحتاج إلى إقامة الدليل على وجودها. إن الشعب لم يتخل فى الميثاق الذى أبرمه مع الأمير عن سيادته وإنما اقتصر الأمر على تفويض الأمير فى مزاولة هذه السيادة مع احتفاظ الشعب بحق الرقابة.

ويقول جيريه رداً على القائلين بأن سلوك المسيحيين الأول لا يقر المقاومة بأن عدم استعمال هؤلاء لحق المقاومة لا يصلح كدليل على تحريم المقاومة فى المسيحية وإن سكوتهم عن استعمال حقهم فيها لا يكفى كسند

---

(1) راجع : Pierre Jurieu. Les lettres pastorales. R. Lureau, Les doctrines Politiques de Jurieu, Bardeaux, 1906.

لتحريمها على غيرهم ثم يضيف أن المسيح نفسه قد أقر هذا الحق . ورداً على الذين ينكرون على الشعب حق المقاومة على أسس سياسية يقول جيريه إن سلامة الشعب وصيانته هما هدف الميثاق المبرم بينه وبين الأمير ودستور الجماعة ، ومن ثم فالكل مكلف بطاعة السلطان فيما يحقق هذا الهدف وفى حدود هذا الدستور فان هو تعدى هذه الحدود فلا طاعة له على أحد وجازت مقاومته . إن الأوامر التى تهدف إلى اسعاد الشعب هى التى تستحق وحدها الطاعة وأما ما عداها فالثورة عليها مشروعة لأن الأمير لا يملك الخروج على القوانين الالهية والطبيعية .

ولكن (جيريه) بعد إقراره لحق المقاومة والدفاع عنه بجرأة ورباطة جأش بالغتين تعتريه الحيطة والتبصر بل والتردد عند ما ينتقل إلى الكلام فى مباشرة هذا الحق فتراه يحرم على الفرد منعزلا مزاولته قاصراً ذلك على المجتمع كوحدة مبرراً هذا بأن الاعتراف للفرد بالثورة على السلطات العامة إن آذته فى شخصه أو ماله يؤدى إلى هدم كل سلطة فى الدولة . وحتى بالنسبة للمجتمع نفسه نرى جيريه لا يقصد به مجموع الأفراد وإنما يعنى به ممثلى الأمة وحدهم أى مجلس طبقات الأمة فى زمانه[١]. ثم نراه لا يبيح مزاولة حق المقاومة إلا إذا كان جور السلطان من الجسامة بحيث يهدد سلامة الجماعة بأسرها وأن يكون فيه خروج فاحش على القوانين والدين . هذا علاوة على تعليق فقهنا شأن علماء اللاهوت مباشرة هذا الحق على التحقق من أن ما سيلحق الجماعة بسبب المقاومة أقل خطراً عليها مما يلحقها من جراء السكوت عن جور السلطان والاذعان له .

جون لوك :

لقد قال الفيلسوف الانجليزى لوك فى مؤلفه (الحكومة المدنية)[٢] الذى ظهر سنة ١٦٩٠ كما قال هوبز من قبله بحالة الطبيعة التى عاش فيها الأفراد

---

(١) Les Etats Géneraux

(٢) Lock, Civil Government. راجع Les Grandes Oeuvres Politiques P. 85

قبل قيام الجماعات السياسية وبأن ثمة عقد أبرم انتقل الناس بمقتضاه من حالة الطبيعة هذه إلى الحياة فى جماعة سياسية . ولكن لوك خالف هوبز فى تصويره لحالة الطبيعة وفى مضمون العقد وآثاره .

لقد وصف لوك حالة الطبيعة بطريقة تختلف عن تلك التى سلكها هوبز لقد صورها بشكل جعل منه طوال القرن الثامن عشر أستاذ الفكر السياسى عامة والمذهب الفردى خاصة . قال هوبز انه فى حالة الطبيعة كانت تعم الفوضى ولا ينقطع الصراع بين الأفراد وكانت الكلمة العليا للغلبة والقوة . أما لوك فقد ذهب فى هذا الشأن إلى النقيض من ذلك فقد قال إن حالة الطبيعة بعيدة كل البعد عن الفوضى التى وصفها بها هوبز لأن قانون الطبيعة يحرم على الأفراد الشر والتعدى وإنما هى حالة الحرية المطلقة فيها يتمتع الفرد بمطلق التصرف فى شخصه فلا يخضع لسلطان غيره والمساواة تامة إذ يتمتع الجميع بنفس الحقوق والسلطات . ولما كان الأفراد أحراراً متساوين مستقلين بحكم الطبيعة فانه لا يجوز اخضاع أحد منهم لسلطان غيره من غير رضاه . وعلى أساس هذا الرضا تنشأ الجماعة السياسية مكلفة بأن تكفل للجميع الحرية والملكية لأن غرضها الرئيسى ينحصر فى تحقيق السلام وصالح الشعب ، والشعب هو مصدر السلطة منه تستمد وجودها وإليه ترجع ، فإن تعسف من يتولون مباشرة هذه السلطة أو استعملوها على غير مقتضيات العقد الذى أبرم بين أعضاء الجماعة بما فى ذلك من يتولى مباشرة تلك السلطة كان للشعب أن يباشر سلطته العليا ، فيغير شكل الحكومة أو يسند الحكم إلى غير القائمين به . وعلى الشعب أن يلجأ فى ذلك إلى الوسائل القانونية ، فإن كان القانون عاجزاً فى هذا الصدد وكان أغلب المواطنين مهددين فى حرياتهم وأموالهم وعقائدهم أصبح من المشروع أن يلجأ الشعب إلى القوة . لقد أراد لوك أن يجعل من الدولة حامياً لحريات الأفراد وحقوقهم لا تظل سلطتها مشروعة وطاعتها واجبة إلا بقدر حرصها على صيانة تلك الحريات والحقوق وإلا فمقاومتها مشروعة وواجبة .

وكذلك خالف لوك هوبز فى مضمون العقد وأطرافه وآثاره ، لقد رأى أن جميع أفراد الجماعة أطرافا فيه بما فى ذلك الملك ، وأنهم لا ينزلون بمقتضاه عن حقوقهم كلها وإنما عن الجزء اللازم منها لخلق السلطة العامة التى لا يجوز لها أن تمس ما احتفظوا به من هذه الحقوق ، وأن الملك قد تعهد فى هذا العقد بصيانة ما بقى للأفراد من حقوقهم وحرياتهم مقابل التزام هؤلاء بطاعته ، ومن ثم لا يظل العقد قائما والطاعة واجبة إلا بقدر استمرار الملك فى تنفيذ تعهداته .

منتسكيو وروسو[١]:

لقد انتقلت أفكار « لوك » إلى فرنسا ، ولكن فقهاء فرنسا وفلاسفتها لم يكتفوا بنقل تلك الأفكار وإذاعتها كما هى وإنما توسعوا فيها مجارين المنطق إلى النهاية مجتهدين فى الكشف عن كل ما يصح أن يترتب عليها من آثار . لقد خرج فلاسفة القرن الثامن عشر الفرنسيون الأفكار الإنجليزية تخريجاً جديداً ، فقالوا بأن صيانة حرية الفرد هى الهدف الرئيسى لكل نظام اجتماعى . ثم كادوا يجمعون على العناية بالكشف عن نظام أو كيان سياسى يحقق هذا الهدف دون أن يشغلهم أمر شرعية المقاومة أو عدم شرعيتها وذلك لأنهم فضلوا العناية بأمر المستقبل على الاشتغال بأمر الحاضر ، لقد فضلوا الالتجاء إلى خلق جماعة لا احتمال لوقوع الجور فى ظلها ومن ثم لا مجال فيها لفكرة المقاومة ، على الاجتهاد فى مسألة المقاومة تلك المسألة العتيقة التى أضحت فى نظرهم قضية جدلية بحتة ، لا فائدة ترجى من وراء مناقشتها وإبداء الرأى فيها ، مجتهدين فى ابتكار مجتمع أو كيان سياسى جديد يكون من شأنه جعل الجور أمراً مستحيلا ومن ثم يكون فى قيامه القضاء المبرم على مسألة المقاومة ، لقد فضلوا عدم الاشتغال بالوصول إلى حل لمشكلة

(١) Montesqieu, L'esprit des lois راجع المرجع السابق ص ٠٠٠ ؛ Rousseau, le contrat Social راجع المرجع السابق ص ١٤٢

المقاومة جادين فى الكشف عن وسيلة للقضاء عليها حتى لا تعد من بين المسائل التى تستدعى حلا ، ولقد ذهبوا فى ذلك مذهبين : المذهب الحر والمذهب الديمقراطى .

كان أصحاب المذهب الحر يجتهدون فى الكشف عن الوسائل التى إن اتبعت لجعلت الاستبداد أمراً مستحيلا ومن ثم كان فيها القضاء المبرم على مسألة المقاومة فاهتدوا إلى أن أضمن الوسائل فى هذا الصدد هى ألا يجمع ولى الأمر بين جميع السلطات ، وإنما يجب العمل بمبدأ فصل السلطات وتوزيعها حتى لا ينفرد بها السلطان ويستبد دون أن يكون عليه رقيب ولقد كان منتسكيو إمام هذا المذهب ، فقد قال فى كتابه « روح القوانين » الذى أخرجه سنة ١٧٤٨ : إنه ما من فرد يتمتع بسلطة إلا ويميل إلى التعسف فى استعمالها وهو لا شك مستمر فى تعسفه مصر عليه حتى يصطدم بما يقفه ، ولا يقف السلطة إلا السلطة ولا سبيل إلى وقف السلطة بالسلطة إذا تولى مباشرة السلطات الثلاث (عمل القوانين وتنفيذها والفصل فى منازعات الأفراد) رجل واحد أو هيئة واحدة سواء أكانت من النبلاء أو من الشعب . وهكذا وضع منتسكيو مبدأ فصل السلطات على أنه وسيلة فعالة للحد من تعسف ولى الأمر ولضمان الحريات الفردية . ولكن منتسكيو لم يؤسس هذا المبدأ على أساس من المنطق والفلسفة وإنما أقامه على أساس من الواقع والملاحظة ، فهو إذ يتساءل فى كتابه السالف الذكر عن كيفية كفالة الحريات نراه يقرر أن صيانتها فى انجلترا ترجع إلى أن سلطات الدولة هناك موزعة بين عدة هيئات بشكل لا يمكن إحداها أن تطغى على حريات الأفراد ، وذلك على عكس الحال فى البلاد التى تتجمع فيها سلطات الدولة فى يد واحدة .

أما المذهب الديمقراطى فقد اجتهد على أساس فلسفى — لا على أساس من الواقع والملاحظة — فخرج فكرة سيادة الشعب تخريجاً جديداً حتى أضحت صالحة كمبدأ للحكم ، لقد تخيل إمام هذا المذهب « جان جاك روسو »

فى مؤلفه «العقد الاجتماعى» الذى نشر سنة ١٧٦١ عقداً اجتماعياً يختلف عن عقدى «هوبز» و «لوك» إذ تخيل نزول كل فرد ليخرج من حالة الطبيعة — بمقتضى هذا العقد — عن حقوقه الشخصية لا لفرد معين وإنما للمجموع، فى نظير أن يصونها له، ورتب على ذلك أن لهذا المجموع إرادة وسيادة تولدتا عن هذا العقد وأنه ينفرد وحده بهذه السيادة، لأن الحكومة ليست طرفا فى العقد، وإنما هى وسيط بين المجموع صاحب السيادة (الشعب) وأعضائه (الأفراد) الخاضعين لسلطانه (أى سلطان المجموع). وهكذا يستطيع المجموع أن يعزل الوسيط متى شاء لأنه ليس طرفا فى العقد ولا سلطان له، وإنما السيادة للشعب (المجموع) وحده. وهكذا لا مجال للجور فى مجتمع روسو لأنه لا يتصور وقوع الجور من صاحب السيادة الحقيق وهو المجموع لأن إرادته هى فى نفس الوقت إرادة الجميع أى الإرادة العامة ومن ثم فتصرفاتها مشروعة لا جور فيها، وكذلك لا مجال لوقوع الجور من الوسيط أى الحكومة لأنها لا تبقى فى الحكم إلا بقدر إبقاء المجموع عليها.

ولئن كانت أفكار روسو هذه صالحة لتبرير نظام سياسى معين هو «الديمقراطية» إلا أنها لا تقل صلاحية لتبرير الاستبداد والجور الذى يقع على الأفراد، وذلك لأن كل تصرف يقع من السلطة العامة فى مجتمع روسو يعتبر معبراً عن إرادة الأمة أو الأغلبية على الأقل ولا يعقل أن يقع جور من الشعب على نفسه. وبذلك يكون روسو قد قضى على مسألة الجور والمقاومة بالنسبة للحاكم الفرد الذى لا يستمد سلطانه من الشعب فاسحاً المجال لجور السلطة العامة فى مجتمع ديمقراطى بحجة أنه مهما بلغ استبداد هذه السلطة فإنه لن يكون غير مشروع ومن ثم لا جور فيه ولا مقاومة له ويكون بذلك قد استبدل جور الحاكم المطلق باستبداد ديمقراطى لا تجوز مقاومته. وهكذا ليست أفكار روسو كفيلة فى ذاتها بالقضاء على مسألة المقاومة أصلا كما يصور لنا صاحبها.

ولكن إذا استبعدنا منتسكيو وروسو والنفر القليل الذى آمن بأفكارهما فيما نحن بصدده للاحظنا أن السواد الأعظم من معاصريهم كان يؤمن إيماناً لا يتزعزع بأن الثورة على الجور حق طبيعى يترتب للشعب كنتيجة حتمية لذلك العقد الذى يربط الحكام بأفراد الجماعة . لقد انتشرت فى كتابات العصر عبارات تفيد كلها أن الثورة على الحكومة المستبدة واجبة لأن الاستبداد ليس شكلا من أشكال الحكومات وإنما قيامه معناه خلو الجماعة من أية حكومة حقيقية . لقد شاعت هذه الأفكار فى كتابات ذلك العصر بشكل نستطيع معه القول بأن الفلسفة السياسية قد استقرت إبانه على إجازة الثورة كوسيلة مشروعة لمكافحة التحكم والطغيان . ولقد اقترن انتشار هذه الأفكار والإيمان بها باشتداد وطأة جور الحكام فى ذلك القرن حتى أضحى العامة والخاصة من ذوى الرأى الحر على السواء يرون فى المقاومة واجباً حال الأداء .

وثمة كتاب ثلاثة كان لكتاباتهم أثر بين فاق بكثير أثر كتابات منتسكيو وروسو فى توجيه الفكر السياسى فيما نحن بصدده شطر التنفيذ والعمل هم : راينال ومابلى وميرابو .

راينال :

لقد كان مصنف راينال الذى نشر سنة ١٧٨٥ (التاريخ السياسى والفلسفى لمؤسسات الأوربيين التجارية فى الهندين)[1] من بين المؤلفات التى كان لها أثر بين فى إذاعة فكرة وجوب قلب النظم السياسية القائمة . لقد أعلن راينال فى مصنفه هذا أن الطغيان لا يعدو أن يكون وليد تساهل الشعب وتهاونه أكثر من أن يكون نتيجة لقسوة الملوك واستهتارهم . إن موقف الشعب السلبى هو الذى يمكن المستبد من استبداده .

---

(١) L'histoire Philosophique et Politique des Etabilsements de cmmerce des Europiens dans les deux indes, L'Abblé de Raynal.

ومن ثم لا علاج للاستبداد إلا مقاومة إيجابية عنيفة . إن الطغيان لا يقضى عليه إلا بالعنف والاكراه ، إن الحاكم الجائر لا سند له فى حكمه ومن ثم فالثورة عليه واجب مقدس ، وآية ذلك — كما يقول المؤلف — إن فى الهند قاعدة عرفية قديمة تقضى بإعدام الملك الذى يخالف قوانين الدولة . إن الحاكم الطاغية — يقول راينال — وحش ذو رأس واحد يقتل بضربة واحدة .

مابلى[1]:

ولقد كانت كتابة مابلى أبعد أثراً فيما نحن بصدده عن كتابة راينال . اقد فتح فى مصنفه «حقوق المواطن وواجباته» الباب على مصراعيه لمقاومة الجور . لقد نقل المؤلف أفكار لوك فيما يتعلق بمبررات حق المقاومة ولكن الجديد فى مصنفه هو ما ورد فيه بصدد مزاولة هذا الحق . لقد كان فلاسفة القرن السادس عشر وفقهاء مذهب قانون الطبيعة القائلين بحق المقاومة يجمعون على قصر مزاولة هذا الحق على الأمة فى مجموعها دون الفرد منعزلا ، أما فقيهنا فقد دافع عن الاعتراف بحق المزاولة لكل فرد على حدة بوصفه إنساناً ، ولقد تأثر بهذه الفكرة الجديدة واضعوا وثائق إعلان حقوق الإنسان والمواطن فى مستهل الثورة الفرنسية . فأوردوا حق الثورة ضمن حقوق الانسان . إن الثورة على السلطان الجائر حق للفرد له أن يزاوله كلما تعدى السلطان حدود وظيفته ولا يشترط لذلك أن يكون الجور قد وصل إلى درجة متقدمة ولا أن يستنفد الشعب جميع الوسائل الكفيلة بالقضاء على الجور قبل الالتجاء إلى الثورة . ولذلك كان لكتاب (حقوق المواطن وواجباته) أثر أبعد فى قيام الثورة الفرنسية من أثر كتابى (روح القوانين) و (العقد الاجتماعى) فى ذلك .

---

(١) نشر فى السنة الثالثة من تقويم الثورة الفرنسية Mably, Des droits et des devoirs du Citoyen.

ميرابو :

ولم تكن أفكار ميرابو خطيب الثورة الفرنسية أقل أثراً فى وثائق إعلان حقوق الإنسان والمواطن ، لقد جاء فى كتابه عن الحكم المطلق[1] أن الثورة على الجور واجب مقدس .

الفقه الفرنسى المعاصر

ولقد أضحى حق المقاومة لدى فقهاء المذهب الحر فى القرن التاسع عشر ركناً من أركان هذا المذهب فى فرنسا . يقول بنجامان كونستان فى « دروس السياسة الدستورية » المنشورة عام ١٨٧٢ م[2] بأن انتهاك الحكومة لحرمة الدستور يفقدها وجودها فى نظر القانون ، وأنه يتحتم على المواطنين والحال هذه أن يقابلوا القوة بالقوة لاجئين إلى العنف فى إبعادها إن هى اعتمدت عليه للبقاء فى الحكم رغم ذلك . وفى كتاب (أصول القانون العام) الذى نشر سنة ١٨٤٦ يعلن الفقيه سيرينى أن فى إنكار حق المقاومة الشعبية قضاء على جل الوسائل البشرية التى يمكن الالتجاء إليها ضد الطغيان . إن الضرورة تبيح هذه الوسيلة وتجعلها مشروعة على نحو إباحتها للحرب بين الدول[3]. وفى مؤلفه (مبادىء القانون الأساسية)[4] الذى نشر عام ١٨٨٩ م يعتمد فارى سوميير على فكرة الدفاع الشرعى لتبرير حق المقاومة ذاهباً إلى حد القول بأن للحكومة التى تقوم على أثر ثورة شرعية حق إعدام الطاغية المعزول إذا كان فى ذلك إرضاء للضمير العام .

هذا ، ولا يقل تحمس الفقه المعاصر فى فرنسا عن تحمس فقه القرن التاسع عشر فى هذا الصدد ، ففى كتابه (أصول القانون الدستورى)

---

(١) Mirabeau, Essai sur le Despotisme.

(٢) Cour, de politique Constitutionnelle - Benjamin Constant I, I, P, 354.

(٣) Serrigng Traité de droit Public des Français P. 465.

(٤) Principes Fondamentaux du droit, 1889 P. 246. Vareille, Sommiere

يقرر العميد ديجى أن حق الثورة ما هو إلا نتيجة منطقية لخضوع الحكام للقانون . إن كل إجراء يتخذه الحكام مخالفاً للقانون يخول المحكومين سلطة قلب الحكومة بالاكراه ، وهم إذ يحاولون ذلك يهدفون إلى إعادة سيادة القانون وسموه [1] . ويرى هوريو فى كتابه (الوجيز فى القانون الدستورى) أن حق المقاومة ما هو إلا امتداد لحق الحرية البدائية القديمة يعود بعد الانتقال إلى الحياة فى جماعة سياسية ليخول للمواطنين حق الدفاع الشرعى ضد تعسف الحكام فى استعمال السلطة[2]. ويقرر (ليفير)[3] إن المقاومة ما هى إلا وسيلة من وسائل مزاولة حق الرقابة الذى يجب الاعتراف به للمحكومين قبل الحكام ويضيف أنه وإن كانت هذه الوسيلة تؤدى إلى استعمال القوة إلا أنها مع ذلك مشروعة ما دامت تهدف إلى ضمان تطبيق القانون ، وذلك لأن فى إنكارها تسليما بإخضاع القانون الذى تدعمه العدالة للتشريع الوضعى .

أثر فلسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر فى الدساتير المعاصرة لها

ولقد كان من أثر هذه الفلسفة أن اعترفت الدساتير المدونة فى عصرها بحق مقاومة الحكومات الجائرة والثورة عليها .

ولقد كان لدساتير أمريكا الشمالية قصب السبق فى هذا الصدد ، كان النابهون من سكان المستعمرات الإنجليزية الثلاث عشرة الواقعة على ساحل الأطلنطى بأمريكا الشمالية قد قرأوا كتابات لوك ومنتسكيو وروسو ، فآمنوا بأن للإنسان حقوقاً طبيعية خالدة لا تنتزع وبأن له الحق بمقتضى العقد الاجتماعى أن ينسلخ عن الجماعة إذا ما حاولت أن تعبث بتلك الحقوق . فلما أعلنت هذه المستعمرات استقلالها فى ٤ يوليه سنة ١٧٧٦ تضمنت وثيقة اعلان الاستقلال ديباجة تعبر تعبيراً صادقا

(١) Dugnit, Traité de droit Constitutionnel.

(٢) Haureau, Precis de droit Constitutionnel, 1923.

(٣) Le Fur, Reponse a L'enquete de Riquete, La majesté La Loi 1927.

عن أفكار لوك وروسو ، لقد جاء فيهـا أن الناس قد خلقوا جميعاً سواسية متمتعين بحقوق خالدة لا تنتزع ، من هذه الحقوق الحيـاة والحرية والسعى لبلوغ السعادة . ولقد نشأت الحكومات لتصون لهم هذه الحقوق مستمدة سلطانهـا من رضا المحكومين ، فاذا ما أصبح نظام الحكم خطراً يهدد بلوغ هذه الغاية كان للشعب أن يعدله أو يلغيه ويقيم حكومة جديدة تكفل له السلام والرفاهية . حقيقة أن الحكمة تقتضى عدم تغيير الحكومات القائمة من قديم لأسباب واهية عابرة ولكن استرسال الحكومات فى التعسف فى استعمال السلطة واغتصابهـا بقصد إخضاع الشعب لاستبداد مطلق يجعل من حق هذا الشعب بل ومن واجبه أن يسقط تلك الحكومات مهيئاً لنفسه من الوسائل الجديدة ما يكفل له الأمن فى المستقبل .

ولقد جاء فى ديباجة اعلان الحقوق الصـادر مع دستور (ماساشوسيت) سنة ١٧٨٠ م أنه لمـا كان هدف كل حكومة هو ضمان بقاء الجماعة السياسية وحمايتهـا وتمكين الأفراد من التمتع بحقوقهم الطبيعية فى أمن وسلام فإن للشعب حق تغيير الحكومة واتخاذ ما يراه لازماً من تدابير تضمن له الأمن والرفاهية إذا ما قصرت هـذه الحكومة فى تحقيق تلك الأهداف .

وكذلك وردت نفس الأفكار فى اعلان الحقوق الصادر فى ولاية ماريلاند والصادر فى كاليفورنيا وفى نيو هامبشير وفى فرجينيا .

ولقد كان للثورة الفرنسية الكبرى فضل وضع أفكار فلاسفة القرن الثـامن عشر موضع التطبيق . لقد نجح رجال أعوام ١٧٨٩ — ١٧٩٣ فى صياغة تلك الأفكار فى شكل مبـادىء عامة أودعوها وثيقة جديرة بالتسمية التى حملتهـا (اعلان حقوق الإنسان والمواطن) . ولقد أقرت الجمعية الوطنية هذه الوثيقة فى ٢٧ أغسطس ١٧٨٩ ثم أصبحت جزءاً من الدستور الصادر فى سبتمبر سنة ١٧٩١ . لقد أعلنت تلك الوثيقة

فى مادتها الثانية أن هدف كل جماعة سياسية هو صيانة حقوق الانسان الطبيعية الخالدة ، وأن هذه الحقوق هى الحرية والملكية والحق فى الأمن وفى مقاومة الجور . وهكذا تقرر الوثيقة أن مقاومة الجور من بين حقوق الفرد الطبيعية التى يتحتم على الحكومة صيانتها له . وهى إذ تعلن ذلك تسجل أفكار الفيلسوف الانجليزى لوك . ولقد ذهب اعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر مع دستور ٢٤ يونيه سنة ١٧٩٣ فيما يتعلق بتسجيل حق مقاومة الجور إلى أبعد من ذلك متمشياً مع أفكار لوك إلى النهاية فجاء فى مادته ٣٣ أن مقاومه الجور نتيجة حتمية لحقوق الإنسان الطبيعية الأخرى ، وفى مادته ٣٥ جاء أنه إذا ما عبثت الحكومة بحقوق الشعب كانت الثورة له ولكل جزء منه أقدس الحقوق وألزم الواجبات . وهكذا لا يقتصر هذا الاعلان على الاعتراف للأفراد بحق مقاومة الجور كما فعل إعلان عام ١٧٨٩ وإنما ذهب إلى حد الاعتراف لهم بأقصى صورة من صور مزاولة هذا الحق « هى الثورة » لا على أنها حق فحسب وإنما على أساس أنها واجب وطنى أيضاً يحل أداؤه إذا ما عبثت الحكومة بحقوقهم . ولا يقصر الاعلان حق الثورة على الشعب بأسره وإنما يخوله لكل جزء منه (م ٣٥) بل ولكل فرد على حدة : لقد جاء فى مادته الحادية عشرة أن كل اجراء يتخذ على غير ما يقتضيه القانون يعد تحكمياً واستبدادياً يحق لمن يتخذ ضده بالاكراه أن يرده بالقوة . ويقرر الاعلان أنه لا ضرورة لكى يعتبر الجور قائماً فيستدعى المقاومة أن يقع على الجماعة بأسرها وإنما يكفى لوقوعه أن يلحق أحد أعضائها فالجور يعد واقعاً على الجماعة إذا ما لحق واحداً من أعضائها وهو يعد كذلك واقعاً على كل عضو إذا ما وقع على الجماعة بأسرها (م ٣٤) . ولقد كتب مقرر مشروع الاعلان لدى الجمعية بهذا الصدد قائلا إن الثورة حق مقدس خالد أسمى من التشريع وإن مزاولة هذا الحق لا تخضع لمنظم غير ضمير الذين وقع عليهم الجور وفضائلهم . إن بالثورة قد حطمنا أغلالنا عام ١٧٨٩

وبها أيضاً قضينا على الطغيان عام ١٧٩٢ ، واعترافا لها بهذا الفضل وعبرة للشعوب والأجيال المقبلة يجب أن يقام للثورة نصب تذكارى على مقربة من نصب الحرية حتى يذكر الشعب دائما بحقوقه وينبه ذوى الأطماع بعاقبة الغاصبين .

تم طبع هذا العدد من مجلة كلية الحقوق
بمطبعة جامعة الاسكندرية ؛ فى ٥ صفر
سنة ١٣٧٥ الموافق ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٥
مدير المطبعة
علي محمد الهواري

Sur ce cas, voy. FULLER, *Consideration and Form*, *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, p. 811 note 6, qui cite d'autres cas américains, où l'on n'a pas reconnu la validité de cette clause ou réserve expresse, lorsque l'autre contractant avait raison de faire confiance *(reliance)* sur la promesse et son exécution, nonobstant la réserve.

Et cela, peut-être, parce que les grandes entreprises, (les contractants les plus forts) cherchaient à imposer comme clause de style cette clause de *gentlemen's agreement* à leurs agents de vente.

un contrat (bargain) juridiquement sanctionné. Mais que dans le cas concret cet effet manquait, parce que des circonstances il résultait que les parties n'avaient pas eu l'intention de s'engager juridiquement.

— *Rose and Frank v. Crompton*, 1923, K.B. 261 (Court of Appeal de Londres). C'est un cas célèbre. Il s'agissait d'un contrat écrit d'agence pour la vente en exclusive avec des obligations réciproques entre les parties, une firme anglaise et une autre américaine : donc, un *business agreement* ayant *normalement* ou *typiquement* des effets juridiques. Mais le document de l'accord disait : « This arrangement is not entered into nor is this memo written as a formal or legal agreement and shall not be subject to legal jurisdiction in the law courts either of the United States or England».

Le Lord Justice Atkins s'est ainsi exprimé : «To create a contract there must be a common intention of the parties to enter into legal obligations, mutually communicated expressly or impliedly. Such an intention ordinarily will be inferred when parties enter into an agreement which in other respects conforms to the rules of law as to the formation of contracts. It may be negatived impliedly by the nature of the agreed promise or promises, as in the case of offer and acceptance of hospitality, or of some agreements made in the course of family life between members of a family as in *Balfour v. Balfour*. If the intention may be negatived impliedly it may be negatived expressly. In this document, construed as a whole, I find myself driven to the conclusion that the clause in question expresses in clear terms the mutual intention of the parties not to enter into legal obligations in respect to the matters upon which they are recording their agreement. I have never seen such a clause before, but I see nothing necessarily absurd in business men seeking to regulate their business relations by mutual promises which fall short of legal obligations, and rest on obligations of either honour or self-interest, or perhaps both.» (24).

La House of Lords, dans le même cas, a retenu que cette clause était valable, sauf pour les ordres de marchandise déjà donnés et acceptés.

---

(24) Comparez ce passage de Lord Atkins avec ce que dit Pothier sur la même question, dans son *Traité des obligations*, n. 3.

l'expression d'une intention *formelle* de convertir une dette naturelle en obligation civile (voy. aussi mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I, § 11 note 22).

— *Perino cr. Rabezzana*, Trib. de Turin (Italie), 12 novembre 1947, *Foro Padano*, 1948, 200 (accord pour une promenade en motofourgon avec des amis); X cr. Y, Cour de Rouen, 17 novembre 1932, *Revue Trim. de Droit civil*, 1933, 875 (accord pour une promenade en motocyclette entre deux amis *avec des prestations réciproques).* Ces arrêts nient l'obligation au sens juridique pour manque, dans le cas concret, de l'intention de s'engager juridiquement. Mais, lorsque le promettant a un intérêt dans le transport, on admet cette obligation et cette intention (sous des aspects parfois différents dans la jurisprudence française et dans celle italienne : voy. les arrêts rapportés, commentés et comparés dans mon ouvrage *Il Contratto*, vol. II, chap. IV).

— *Fellmann cr. Mathebs*, Cour de Colmar, 8 mai 1845, *Sirey*, 1847, II, 117 : promesse de commodat (contrat *non* réel, défini dans l'arrêt même comme contrat innommé). La Cour a dû rechercher dans la cause plausible et les circonstances du cas concret l'intention de s'engager juridiquement.

— *Mulas cr. Tedde Serra*, Cassation italienne, 14 juillet 1952, *Giurisprudenza italiana*, 1953, I, I, 195. Un marchand tient deux bœufs en vente sur un marché public; devant s'absenter, il prie un ami de lui garder les bœufs pendant son absence. L'autre les reçoit en garde (dépôt, contrat *réel*, typique). Les bœufs sont volés. L'ami objecte qu'il n'avait pas l'intention de s'engager juridiquement, mais seulement à titre d'amitié, etc. Cette exception est rejetée. En effet, il s'agissait d'une opération typiquement juridique, en tant que contrat *réel* de dépôt, basée sur la confiance (livraison de la chose): la question aurait été différente pour une simple promesse de dépôt, contrat *non* réel : voy. mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I, § 14 lettres *d* et *e).*

— *Balfour v. Balfour*, King's Bench, (1919) 2 K.B. 571. C'est un cas anglais. Les juges ont retenu que dans l'abstrait une convention entre deux époux, par laquelle le mari s'oblige à fournir à la femme les aliments pour une certaine période et dans une certaine mesure *fixe*, et la femme s'oblige à accepter ces sommes à forfait, peut être

Dans certains système juridiques, par exemple la common law, on considère cette remise comme un pacte ou promesse de ne pas agir contre le débiteur: une promesse ou situation qui peut être entendue par le créancier comme obligation morale, sociale, d'amitié, etc.

No. 9 — *Note de jurisprudence sur les problèmes envisagés ci-dessus au n. 6.*

Ce côté jurisprudentiel de la question, n'est que trop rarement examiné et trop peu approfondi dans la *civil law*. On a préféré traiter ces problèmes d'une façon doctrinaire et abstraite.

Cette jurisprudence se trouve recueillie, commentée et comparée dans mon ouvrage *Il Contratto*, vol. II, première partie, chap. IV et V, et deuxième partie, chap. III. Ici nous rappelons les cas suivants:

— *Maire de Caen cr. Evrard*, Cour d'Orléans, 23 avril 1842, DALLOZ, *Jurisp. Gén.*, *Obligations*, n. 45 : souscription publique (bienfaisance), considérée par la jurisprudence française comme une promesse à titre *gratuit* ayant un caractère spécial ou comme un contrat *innommé* (voy. dans mon ouvrage *Il Contratto*, vol. II, la note au cas Bailly cr. Ville de Nancy, Cour de Nancy, 17 mars 1920, DALLOZ, *Rec. pér.*, 1920, II, 65). La Cour d'Orléans a retenu que la promesse était nulle pour manque, dans le cas concret, de l'intention de s'engager *juridiquement.*

— *Coureau cr. Blandin*, Cour de Bordeaux, 31 mai 1848, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1848, II, 180; *De Loys cr. Dufay*, Cour de Colmar, 31 déc. 1850, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1853, II, 164; *Urbanowsky cr. Valdmann*, Cassation française, Ch. Req., 13 décembre 1875, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1876, I, 417; *R. cr. D.*, Cour de Douai, 6 août 1856, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1856, II, 295. Dans tous ces cas il s'agissait d'une promesse d'accomplir une obligation naturelle (promesse qui sort du domaine des contrats typiques: d'échange ou onéreux). Les arrêts ont exclu la validité juridique de ces promesses parce que dans le cas concret l'intention de s'engager juridiquement faisait défaut. Dans le dernier cas (reconnaissance de paternité naturelle) on a même demandé

comme on l'a vu, l'acte, mais même pour savoir si une expression ou une conduite ambiguë signifie volonté de disposer de quelque façon, ou bien une autre chose (voy. les questions sur la volonté de remettre une dette, art. 1283 suiv., code civil français, 1237 suiv. code civil italien, etc.; ou sur la volonté de transférer ou simplement de déposer une chose, etc.).

Cette observation, que l'intention d'agir sur le plan juridique est inhérente à l'acte de disposition et qu'il n'y a pas de place pour un «rapport moral ou social» de disposition, paraît assez claire.

Toutefois, cette question peut s'obscurcir pour deux raisons:

a) D'abord, très souvent l'on rattache à un acte de disposition des obligations, des devoirs, des responsabilités ou garanties qui, en réalité, font partie de l'accord ou convention base de l'acte de disposition (et qui, dans les systèmes latins, se mêlent avec cet acte: voy. supra n. 1 lettre *c*). Par exemple: si le transférant ne peut répéter la chose de l'acquéreur, s'il est assujetti à une action *personnelle* de restitution lorsqu'il est rentré en possession de cette chose, s'il est responsable pour avoir transféré une chose autrui ou pour avoir accompli un transfert nul, etc., tout cela, tous ces rapports, représentent un contenu ou une conséquence non de l'acte de disposition, mais de l'accord ou convention base (cause) de la disposition.

Si l'on oublie cette distinction, et on l'oublie souvent, on crée l'apparence qu'il soit possible de faire un acte de disposition avec l'intention de donner lieu seulement à des rapports moraux, sociaux, etc.

b) S'il n'y a pas la livraison de la chose ou un acte solennel de disposition, on peut douter que celui qui dit simplement «cette chose est à vous», ait entendu *s'obliger* à la délivrer, plutôt qu'en *disposer* (doute presqu'insoluble!); et qu'il se soit réservé, peut-être, de donner ou ne pas donner la chose selon sa conscience.

Dans cette situation on peut envisager effectivement la possibilité que celui qui dit «cette chose est à vous» ait eu l'intention de contracter un lien sur le plan des rapports moraux, sociaux, d'amitié, d'amour, etc., c'est-à-dire, sans intention juridique. De même, pour la remise de dette non formelle ou non accompagnée par la restitution du document incorporant la créance.

(23). Il n'y a pas de place pour une intention de disposer sur le plan moral ou social, sans produire l'effet juridique, c'est-à-dire... sans disposer, pour une intention de rendre l'acquéreur propriétaire.... moral! Si l'on ne veut pas exercer le pouvoir juridique, on ne veut rien: ce sera une apparence de volonté (les cas de simulation ou de réserve mentale qui, d'ailleurs, se présentent aussi pour les contrats, sont différents de ceux où l'on a l'intention de *faire quelque chose* mais de ne pas la faire sur le plan juridique: dans la simulation ou la réserve mentale *on ne veut faire rien*).

D'autre part, il n'y aurait même pas la possibilité d'envisager, comme effet de la disposition, un *rapport* simplement moral ou social, entre les parties, parce que l'effet de l'acte de disposition se conclut ou se concentre dans un seul instant (voy. infra pour l'apparence d'un *rapport* découlant de l'acte de disposition, dont l'effet ne se concentrerait pas dans un seul instant).

Il s'agira seulement de voir quelle a été la nature ou l'objet de la disposition, quel droit ou bien on a entendu concéder, dans quelle mesure, etc. En d'autres termes, il s'agira de voir si le disposant a entendu transférer ou délivrer la chose, à titre de propriété, de gage, d'usufruit, de concession précaire de jouissance (concession qui, elle aussi, est un acte de disposition, bien que très limitée); s'il a entendu renoncer à sa créance pour toujours, ou simplement différer son «droit d'action», etc. En d'autres termes, il s'agira d'une qualification de l'acte de disposition. Et cela sera fait par voie d'interprétation (s'il ne s'agit pas d'un acte formel ou solennel) ayant égard pour cette qualification à l'intention empirique ou pratique du disposant, sans demander qu'il ait une connaissance technique de ce qui est un gage, un usufruit, etc.

Enfin, le fait que l'intention d'agir sur le plan juridique est inhérente à l'acte de disposition, n'exclut pas la nécessité de l'interprétation (si l'acte n'est pas solennel), non seulement pour qualifier,

---

(23) Naturellement, cette idée d'avoir et d'exercer un droit ou un pouvoir juridique, n'implique pas nécessairement une connaissance technique de la nature du droit, de son contenu et des effets de l'acte de disposition. Il s'agit d'une connaissance générique ou pratique analogue à celle concernant l'acte d'obligation (voy. supra n. 7 lettre *a*), bien que différente de celle-ci, parce que dans l'acte de disposition il n'y a pas de place pour une intention d'agir sur le plan moral, social, etc.

Etant donnée cette notion, il est clair :

1°) que, par la définition elle-même des *naturalia negotii*, on ne demande pas que les parties doivent envisager spécifiquement ces effets; et il est clair, par conséquent, qu'il suffit de ce qu'on appelle «*intention empirique ou pratique*», c'est-à-dire l'intention d'accomplir telle affaire ou opération à un point de vue pratique, avec toutes les conséquences qu'en pratique et normalement l'expérience et la raison lui rattachent;

2°) que la détermination, par la loi, des *naturalia negotii* est possible seulement dans les contrats typiques, nommés, ou d'autres analogues, où le fait qu'ils sont d'usage fréquent ainsi que l'expérience permettent d'intégrer la volonté des parties. Mais, pour les contrats non typiques, l'intégration doit être faite par une opération assez délicate et difficile *d'interprétation* dans chaque cas concret (comme pour la recherche de l'intention de s'engager juridiquement)

C'est pour cette difficulté que certains systèmes juridiques n'admettaient que le contrat formel et certains contrats typiques (voy. le Droit romain, où il faut aussi tenir compte du système de procédure: actions typiques);

3°) enfin, que les parties peuvent exclure et *modifier* ces *naturalia negotii*, par leur volonté expresse ou implicite. Cette possibilité est limitée seulement lorsque le résultat serait trop onéreux pour l'une des parties (par exemple clause d'exclusion de la responsabilité pour faute lourde ou dol), ou lorsque le résultat en est la création d'un acte ou rapport non admis par la loi.

No. 8 — *L'intention d'agir sur le plan juridique dans les actes de disposition.*

Nous avons parlé, jusqu'ici, de l'intention d'agir sur le plan juridique à l'égard de la promesse ou acte d'obligation.

Quant à l'acte de disposition, le problème se présente sous des aspects différents.

Comme l'acte de disposition est par définition l'exercice d'un droit ou pouvoir juridique qu'on a ou qu'on croit avoir, l'intention d'agir sur le plan juridique est, pour ainsi dire, inhérente à cet acte

Comme s'exprimait très simplement Pothier dans son Traité des obligations, n. 3, citant Grotius, il doit s'agir de «ces promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement». Et tous, aussi simplement, entendaient ce qu'il voulait dire par cette allusion à l'idée d'un «droit».

Comme on l'a vu, la volonté du promettant peut exclure la sanction juridique, soit expressément (dans les opérations typiquement juridiques), soit implicitement (dans les opérations n'ayant pas ce caractère et surtout dans les contrats non formels et non réels à titre gratuit). C'est ce que Pothier, *op. et loc. citt.*, dit très clairement.

C'est une autre question que celle de voir si les parties, outre à exclure la sanction juridique, peuvent aussi modifier cette sanction (statuer l'exécution en forme spécifique, ou l'astreinte judiciaire, ou la vente forcée des biens, etc., dans un système qui ne prévoit pas ces sanctions), ou la limiter à certains de ses aspects.

Il y a là, alors, un problème d'ordre public, parce que, du moins dans les systèmes juridiques modernes, la détermination des sanctions et la procédure inhérente constituent un monopole de la loi, sauf pour certains cas, comme la clause pénale, les formes de vente d'une chose donnée en gage, etc. (voy. mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 21 lettre *b*).

Voilà, donc, peut-être une source d'équivoque : le fait qu'en principe les parties ne peuvent modifier le type ou les types de sanction de l'obligation adoptés par la loi, a fait croire que l'existence ou la non existence de la sanction juridique (c'est-à-dire le caractère juridique ou non juridique d'une promesse) ne dépend pas de l'intention des parties et que celle-ci n'est pas importante (voy. pour cette équivoque assez probable, BETTI, *Negozio giuridico*, cit., p. 87 suiv., et ici d'autres auteurs).

b) Quant aux *naturalia negotii*, le problème est différent. Il s'agit des effets de droit *substantiel* que, dans le *silence des parties*, la loi rattache à certains contrats typiques ou d'autres analogues, pour *intégrer*, d'après l'expérience et la raison, la volonté des parties, c'est-à-dire pour donner à ces contrats les effets que les contractants, faisant partie de cette expérience, auraient probablement voulus, s'ils avaient prévu la question.

lonté des parties. On parle, dans ce dernier cas, d'une «*intention empirique ou pratique*», par opposition à une «*intention juridique*» (22).

Or, cette question, elle aussi, a été déterminée par la même équivoque, qu'on a mentionnée ci-dessus. Entre autres, elle mêle deux problèmes qui présentent des aspects différents, à savoir :

a) la détermination, par la loi, de la sanction juridique ou des sanctions juridiques pour l'inexécution d'une promesse (exécution forcée en forme spécifique, réparation des dommages-intérêts, vente forcée des biens du débiteur, astreintes, etc.);

b) la détermination, par la loi, de certains effets *normaux* de tel acte, comme la garantie pour éviction, pour les vices cachés, une certaine mesure de la responsabilité, lieu et date du paiement, intérêts pour le retard, etc.

Ce sont ces effets de droit *substantiel* qu'on appelle *naturalia negotii* ou éléments naturels de l'opération; des éléments que la loi prévoit pour *intégrer*, d'après l'expérience et la raison, la volonté des parties.

Examinons séparément les deux questions.

a) Sans doute la condition que le déclarant doit avoir l'intention juridique (de s'engager juridiquement) ne signifie pas qu'il doit entendre se soumettre à une sanction juridique déterminée dans ses caractères et détails, ou qu'il doit spécialement l'envisager. Et cela pour des raisons pratiques de toute évidence : autrement beaucoup de promesses seraient nulles pour manque de cette intention ou prévision spécifique !

Par «intention juridique», on veut dire simplement que le promettant doit entendre s'engager sur le plan juridique, se soumettre à la possibilité d'une contrainte, d'être appelé devant un Tribunal (sanction au sens générique), et non sur le plan social, moral, etc. C'est une distinction que même le profane, l'homme de la rue, le *common man* entend et pratique sans tant de subtilités.

---

(22) Pour ces discussions, elles aussi interminables, voy. les références chez BETTI, *Negozio giuridico*, cit. p. 80; et VON TUHR *Allgemeine Teil des deut. bürg. Rechts*, cit., § 50.

typiques aux contrats non typiques, y compris les promesses non formelles à titre purement gratuit. Le point extrême est représenté par ces rapports qui, dans les mœurs, sont considérés comme rapports moraux, sociaux ou de simple courtoisie, et qui, toutefois, peuvent donner lieu à un contrat (au sens juridique), si cette intention résulte clairement, par exemple, d'une clause pénale, etc.

Mais il s'agit là, comme nous l'avons dit, d'un point de vue pratique, qui n'exclut jamais l'importance de l'intention de s'engager juridiquement comme élément base de l'acte d'obligation. Ce qu'on peut dire, à ce point de vue, c'est que dans les contrats typiques (opérations typiquement juridiques) le défendeur a la charge de prouver qu'il n'avait pas cette intention et que cela était bien connu par l'autre partie; tandis que dans les autres opérations et dans les contrats non formels (et non réels), à titre purement gratuit, c'est le demandeur qui doit prouver l'existence de l'intention du promettant de s'engager juridiquement.

Si cela est vrai, on peut douter que la plupart des discussions interminables sur l'importance de l'intention de s'engager juridiquement ont été déterminées par une erreur de perspective, c'est-à-dire d'avoir considéré surtout les cas les plus communs, les contrats d'échange de valeurs patrimoniales (les contrats par excellence !), d'avoir pris une présomption d'existence de l'intention juridique pour manque d'importance de cette intention, et d'avoir généralisé cette apparence ou impression fallacieuse à tous les autres contrats et actes juridiques n'ayant pas ce caractère. C'est cette même tendance de la théorie générale de l'acte juridique que nous avons critiquée ci-dessus au n. 3 note 12 et n. 4 note 16.

No. 7 — *Suite: La question de « l'intention juridique » et de « l'intention empirique ».*

Une autre question très débattue, qui se rattache au problème ci-dessus, est celle de savoir si l'intention des parties doit envisager les effets de l'acte, tels qu'ils sont établis ou prévus par le Droit (effets juridiques ainsi déterminés); ou bien s'il suffit que les parties aient génériquement ou pratiquement l'intention de s'engager, sans envisager ces effets qui seraient établis par le Droit comme effets dépendant de l'acte, *objectivement* considéré, plutôt que de la vo-

surgit pour la protection de l'autre partie. Cette réserve doit être expresse ou très claire, de façon que l'autre partie puisse s'en rendre compte avant de contracter, si elle veut, sur la base des simples rapports sociaux ou moraux. C'est un principe, celui de la protection de la confiance du cocontractant, qu'on trouve appliqué dans d'autres domaines du droit des contrats.

Mais cette réserve est admise (voy. tous les auteurs cités ci-dessus, note 21, et la jurisprudence ci-dessous au n. 9).

Or, si elle est admise, cela suffit pour montrer que l'intention de s'engager *juridiquement* est un élément important même dans ces opérations typiquement juridiques, et que le caractère typiquement juridique de ces opérations crée seulement une espèce de présomption légale de l'existence de cette intention : une présomption qu'on doit combattre dans certaines manières (réserve expresse ou très claire).

Tout cela quant aux opérations typiquement juridiques. Mais en présence d'une opération qui n'a pas ce caractère typique ou d'une promesse non formelle à titre purement gratuit *(à part les contrats réels)*, l'intention de s'engager juridiquement montre toute son importance. Dans ces opérations ou promesses, la présomption ci-dessus n'opère pas. Le juge doit rechercher dans les circonstances du cas concret ou dans la cause plausible l'existence de cette intention : voy. pour la doctrine et la jurisprudence de *civil law* et *common law* mon ouvrage *Il Contratto*, cit., vol. I, § 1 et 31 et vol. II, première partie, chap. V et deuxième partie, chap. III; voy. aussi ci-dessous n. 9.

Il peut se faire qu'un système juridique donné (surtout les systèmes moins évolués), pour éviter cette recherche délicate, admette seulement certains contrats typiques et les contrats formels: voy. le droit romain.

Des questions analogues peuvent se présenter à propos de la distinction entre une offre et une simple proposition : voy. pour les références Pothier, Saleilles, Demogue, etc., mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 1, p. 10.

Pour conclure : à un point de vue pratique, le problème de l'existence de l'intention de s'engager juridiquement devient toujours plus important et plus difficile, au fur et à mesure qu'on passe des contrats

Dans le domaine des affaires ou opérations *typiquement* juridiques, c'est-à-dire celles qui, d'après les mœurs et l'esprit d'une société donnée, sont considérées comme normalement juridiques (contrats nommés et contrats analogues), l'intention de s'engager juridiquement semble disparaître, absorbée dans ce caractère typique de l'affaire. Il paraît que le simple fait de conclure une vente, un louage, etc., oblige juridiquement, sans avoir égard à l'intention des parties, comme s'il s'agissait, par cette conclusion, de mettre simplement en mouvement un mécanisme juridique, tel que la cérémonie des systèmes juridiques primitifs (cette idée de la mise en mouvement d'un mécanisme juridique est implicite dans la théorie de Duguit, mentionnée ci-dessus au n. 5 lettre *a*, qui implique naturellement la négation de la nécessité de l'intention juridique).

Mais il s'agit là d'une simple apparence. Cette apparence est déterminée par le fait que dans le 99,99 % des cas, l'intention de s'engager juridiquement est présente dans ces opérations typiquement juridiques, *puisque l'homme qui vit et opère dans une société donnée fait partie de l'expérience de celle-ci*. On peut dire la même chose quant aux formes contractuelles en usage (la *stipulatio*, du droit romain, l'*act under seal*, de la *common law*, etc.).

Si cet homme ne connaît pas la valeur typiquement juridique (dans une société donnée) de ces opérations, s'il vit dans les nuages, s'il est complètement étranger aux mœurs et à l'esprit de cette société, ou s'il veut, contre ces mœurs et cet esprit, se réserver de ne pas s'engager juridiquement, alors une question de responsabilité

---

mon ouvrage, *Il Contratto*, I, § 26 suiv. Certains auteurs soutiennent que l'intention de s'engager *juridiquement* n'est pas nécessaire: voy. BETTI, *Teoria generale del Negozio giuridico*, cit., 1950, p. 80 suiv. et plusieurs autres auteurs cités par Betti; WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, New York, 1936, vol. I § 21. D'autres soutiennent, au contraire, que cette intention est nécessaire : voy. les auteurs cités dans la vaste bibliographie donnée par Betti, *op. et loc. citt.*; CHESHIRE and FIFOOT, *The Law of Contracts*, London, 1952, p. 87 suiv.; ANSON, *Principles of the English Law of Contract*, 19e éd., Oxford, p. 48 suiv.; POLLOCK, *Principles of Contract*, 13 éd., London, p. 3; SIMPSON, *Handbook of the law of contracts*, St. Paul, 1954, p. 19 suiv. (c'est l'opinion la plus répandue dans les pays de *common law*). Toutefois, chez les auteurs de *civil law* cette question se complique avec celle de «l'intention *juridique*» et de «l'intention empirique» (voy. ci-dessous n. 7). Pour la jurisprudence : voy. ci-dessous n. 9.

status, d'exercice d'un droit formataire, etc.). En tout cas, cette conception dualistique et celle des vices de la volonté, dont ci-dessus à la lettre *b*, ont produit des règles qui sont peut-être adéquates ou fonctionnelles pour certains actes juridiques (comme le testament et parfois la donation), mais qui ne le sont pas pour les contrats en général.

d) Naturellement, même la doctrine de l'interprétation du contrat a été influencée par cette théorie du pouvoir de la volonté individuelle de s'autoengager (20). Mais les produits et les sous-produits de la théorie critiquée ne s'arrêtent pas ici.

No. 6 — *L'intention de s'engager juridiquement ou avec certains effets juridiques.*

La négation d'un pouvoir de la volonté du promettant, de créer l'effet juridique (énergie créatrice !), n'implique pas que l'intention du promettant de s'engager *juridiquement* n'ait aucune importance. Au contraire, pour que d'une promesse dérive l'effet juridique de l'obligation (juridique), il faut que le promettant ait entendu s'obliger sur le plan juridique et non simplement sur le plan des rapports sociaux, moraux, de courtoisie, d'amitié, etc.

Cela résulte du fait que, si non le *vouloir* présent, le *voulu* passé est un élément constitutif de la situation complexe à laquelle la loi rattache l'effet juridique de l'obligation (voy. supra n. 4 lettre *b*).

Si le promettant a voulu promettre ou s'obliger, mais qu'il n'a pas voulu s'obliger juridiquement, on ne peut le tenir lié sur le plan juridique contre sa volonté.

Mais il faut bien s'entendre sur ce point, qui a donné lieu, surtout dans la *civil law* (droit continental), à des discussions interminables (21) et qui demande quelques éclaircissements.

---

(20) Voy. pour une allusion mon ouvrage *Il Contratto*, cit., I, p. 1 43 et 75.

(21) La question se présente dans la *civil law* ainsi que dans la *common law*. Dans la *common law*, évidemment, la question peut se présenter seulement pour l'opération d'échange au sens large (*bargain:* comprenant aussi des prestations n'ayant aucune valeur patrimoniale ou ne rentrant pas dans le domaine des opérations patrimoniales typiquement juridiques), et cela parce que la *common law* ne reconnaît pas la promesse non formelle sans une contrepartie (*consideration*), bien que minime : voy. =

Si l'on avait reconnu que dans le contrat, comme acte d'obligation, il ne s'agit pas d'un pouvoir de la volonté de l'individu, mais d'une composition d'intérêts (par la loi) entre la responsabilité du promettant pour avoir *voulu* (voy. supra n. 3 note 13 et n. 4 lettre *b*) et la confiance ainsi déterminée dans le bénéficiaire de la promesse qui, lui, *veut;* si l'on avait reconnu cela, peut-être aurait-on évité d'arriver à ces réactions extrêmes.

b) L'idée d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté (de s'autoengager), comme source de l'obligation contractuelle, a influencé aussi la doctrine des vices du consentement et surtout de l'erreur. D'après cette idée un vice de la volonté rend l'acte nul ou, du moins, annulable *par le seul fait que la volonté, source en elle-même de l'obligation en base à ce pouvoir, est viciée*, même lorsque le vice n'implique aucun préjudice pour le contractant. Et cela contre la tradition du droit romain et commun qui concevaient le remède contre l'erreur seulement au point de vue d'une rescision pour lésion (18).

Il a fallu longtemps avant d'arriver, dans les codes plus récents, à sentir l'injustice de cette conception de l'erreur et à la mitiger par un remède (voy. art. 1432 c. civ. ital. et 124 c. civ. égypt.).

c) Peut-être la conception dualistique, qui oppose la volonté et la déclaration, avec les problèmes inhérents, est-elle due à cette idée d'un pouvoir de la volonté individuelle de créer l'obligation, idée impliquant celle d'une «volonté *interne* qui seule a une valeur termes indiqués ci-dessus au n. 3 note 13.

Probablement on aurait évité cette conception dualistique, avec toutes les équivoques et les difficultés inhérentes, si l'on n'avait pas adopté ce dogme du pouvoir de la volonté individuelle de s'autoengager et que l'on avait conçu le problème du contrat dans les termes indiqués ci-dessus au n. 3 note 5.

D'ailleurs, le dualisme et le problème volonté-déclaration ne se présentent pas de la même façon pour tous les actes juridiques (le contrat, le testament, les actes de famille ou de constitution d'un

---

(18) Voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, cit., I, §. 3 lettre *b* note 5 et § 4 note 9 avec les références.

(19) Voy. pour une allusion PLANIOL, *Traité élém.*, cit., I, n. 277 avec citation de Saleille.

a) En effet, si l'on admet l'idée d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté du promettant, la tendance fatale en est la proclamation du principe du pur ou nu consentement *(pactum nudum)* comme base du contrat. La simple volonté sérieuse de s'obliger, au maximum avec l'acceptation (adhésion) du bénéficiaire, devrait suffire pour créer l'obligation juridique. Toute condition de forme, cause, (considération dans la *common law)* etc., apparaît alors comme une offense à cette liberté, à ce pouvoir naturel de l'homme de s'obliger, comme une limitation à ce pouvoir ou une condition de justification de son exercice (17).

En effet, ceci a été l'argument idéologique le plus formidable qui a inspiré la doctrine du consentement pur, du *solus consensus obligat :* c'est la volonté de l'homme libre, qui crée, et qui doit avoir le pouvoir de créer, l'obligation comme lien juridique. Le droit doit se borner à reconnaître, à réaliser cette volonté, dans les limites de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Par cela, un rideau fumigène venait à s'étendre sur les problèmes fondamentaux du contrat, et les notions inhérentes de: cause, forme, autonomie de la volonté, liberté contractuelle, valeur du consentement pur, etc. (contre la théorie du *solus consensus obligat*, voy. mon ouvrage. *Il contratto*, cit., I § 7 suiv.).

D'autre part, cette position du problème dans les termes équivoques d'un pouvoir ou liberté de l'homme de s'obliger, et dans cette inspiration idéologique, devait fatalement, dans une revision critique du problème, provoquer des réactions tendant à l'extrême idéologique opposé, surtout en relation à certains aspects de la civilisation contemporaine. Voy., en France, le courant qui remonte à Duguit et qui, pratiquement, nie la notion d'acte juridique ayant à sa base la volonté privée; et la théorie de la fonction économico-sociale du contrat comme base de la reconnaissance juridique du contrat (voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 19).

(17) Cette idée de la cause suffisante comme limitation d'un pouvoir ou comme justification de son exercice repose sur un malentendu à propos de la fonction de la cause. Celle-ci, même lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir, tel que le pouvoir de disposition, fonctionne comme moyen de protection du promettant ou disposant, et non comme limitation ou justification de l'exercice d'un pouvoir (voy. mon ouvrage, *Il Contratto*, cit., I, § 1, 10 à 17, 21, 23 et 26 suiv.

(*precetto impegnativo*) indifféremment pour la promesse et les autres actes juridiques (voy. pour l'ampleur de cette catégorie, ci-dessus n. 1 lettre *a*, note 1).

Mais le problème ne se pose pas de la même façon pour la promesse et pour les autres actes juridiques. Il peut se faire que dans ces derniers, même lorsqu'il s'agit d'un véritable pouvoir de créer l'effet juridique (actes de disposition, exercice d'un droit formataire, acte de constitution d'un *status* familial, etc. voy. ci-dessus n. 4 lettre *e*), l'acte doit rester ferme, sans possibilité de le révoquer, du moins unilatéralement. Mais cela (à part le cas que cet acte soit *aussi* un acte d'obligation, par ex. exercice d'un droit d'option ou qu'il implique des obligations) dépend du fait que l'acte crée une espèce de status juridico-social du bien, du droit, ou de la personne. Il n'y a pas dans ces autres actes ce caractère, qui est propre à la promesse, de créer une confiance ou expectative que *quelque chose sera fait* par le déclarant, caractère qui pose le problème de satisfaire cette expectative, le problème du contrat et de la promesse. Au contraire, par les autres actes mentionnés ci-dessus, on ne crée pas cette expectative que quelque chose sera fait; on fait ce quelque chose, on le réalise immédiatement, à vrai dire *par le pouvoir de la volonté de créer* l'effet juridique (à travers la loi ou par son aide). C'est, dans un certain sens, l'application du principe *factum infectum fieri nequit:* ce qui a été fait ne peut plus être détruit (à part les raisons spéciales qui justifient le caractère définitif de la constitution d'un *status personnel)*.

D'ailleurs, l'acte d'exercice d'un droit formataire n'est pas toujours irrévocable (par ex., la mise en demeure).

Nous avons consacré cette note particulière à la pensée de Betti, parce que celle-ci constitue l'effort le plus considérable pour harmoniser la théorie d'un pouvoir de la volonté avec les problèmes du caractère obligatoire de la promesse ou acte d'obligation. Cet effort, croyons-nous, bien qu'admirable, ne pouvait aboutir qu'à un résultat négatif.

No. 5 — *Conséquences de la doctrine mentionnée au No. 2.*

Nous avons fait une critique assez longue et approfondie de cette doctrine, parce que son équivoque-base a eu des influences remarquables dans des problèmes importants du droit des contrats.

une ligne de conduite, ou lorsqu'il parle de la bonne foi dans les contrats: op. cit., p. 158-159 et p. 41 et 53), alors comme nous l'avons vu, il faut reconnaître que cette idée détruit celle d'un pouvoir du promettant de créer des rapports juridiques. Pareillement celle-ci est détruite par l'idée assez vague que la promesse, ayant une valeur juridique, a déjà sur le terrain social la valeur d'engager le promettant *(un valore socialmente impegnativo:* op. cit, p. 41, 152 et 158): ou que cette valeur juridique est *justifiée* par la fonction économico-sociale du contrat (voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, cit., 1, § 19).

La même chose on peut dire quant à l'idée d'une autoresponsabilité du déclarant, laquelle accompagnerait la liberté de sa volonté privée (*Betti*, *op. cit.*, p. 46 et 160); car dans cet ordre d'idées, le rapport juridique ne serait pas créé par un *pouvoir* ou «*potestà*» de la volonté, mais par ce fait que le promettant est responsable pour avoir voulu ou promis quelque chose. D'ailleurs, cette idée de responsabilité est trop vague, sauf s'il s'agit de la responsabilité pour avoir déterminé une *certaine* confiance ou expectative dans le bénéficiaire de la promesse.

D'autre part, Betti (*op. cit.*, p. 304) ne nous explique pas pourquoi la promesse unilatérale (non acceptée) n'oblige pas en principe, si ce pourquoi n'est pas la confiance manifestée par l'acceptation comme accord au sens propre (voy. ci-dessus n. 3 note 12 et mon ouvrage *Il Contratto*, § 17 et 35 *sub a*).

Il ne faut pas oublier que Betti aussi, en tant qu'il parle d'une protection ou réalisation (par la loi) de la volonté ou intérêt du contractant (*op. cit.* p. 44-47, 49-50, 152, 159 et *passim)*, tombe dans l'équivoque entre la position active et la position passive du contractant dans les contrats synallagmatiques (voy. aussi *op. cit.*, p. 40-41 avec citation de Domat, et p. 46). Il tombe aussi dans l'équivoque ou confusion entre l'acte d'obligation et acte de disposition ou d'exercice d'un droit formataire (*op. cit.*, p. 71 et 290-294); voy. ci-dessus n. 4 lettre *e*.

D'ailleurs, Betti, comme d'autres auteurs (voy. *Demogue*, *Traité des oblig.*, cit. I, p. 31, 33-34, 56, 59 et II, p. 129-130), adopte cette conception de l'acte juridique comme «précepte» qui lie le déclarant.

a été facilitée par la fusion ou confusion, dans les systèmes latins, entre acte d'obligation et acte de disposition dans les contrats translatifs (voy. supra n. 1 lettre c).

Comme on l'a vu, l'assimilation ou parification entre acte de disposition de la propriété et acte d'obligation, est à l'origine de la doctrine critiquée (voy. supra n. 2, les citations de Grotius et Fuller). A ce propos, et en particulier à propos de l'idée de Grotius d'un pouvoir du débiteur d'aliéner sa personne ou sa liberté, l'on pourrait présumer que cette idée représente une réminiscence d'autres systèmes juridiques. En effet, dans certains systèmes primitifs, dont le droit romain primitif, l'acte d'obligation s'accomplit par une disposition que le débiteur fait de sa personne, de sa liberté, en se donnant au créancier (d'où l'assimilation avec l'aliénation de la propriété). C'était, évidemment, un pouvoir de disposer que seulement l'homme libre, jouissant de la personnalité ou capacité juridique, avait et pouvait exercer.

Mais, quoi qu'on pense de cela, aujourd'hui l'acte d'obligation ne consiste plus en cette aliénation que le débiteur fait de sa personne.

Tous ces facteurs de l'idée d'un pouvoir d'autoengagement, mentionnés ci-dessus aux lettres *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, ont contribué à la formation de cette idée; mais ils l'ont fait d'une façon tellement compliquée et embrouillée, qu'il est très difficile d'établir comment et dans quelle mesure chacun de ces facteurs y a contribué.

Note spéciale. Aux critiques adressées ci-dessus (n. 3 et 4) à la théorie d'un pouvoir de la volonté de s'autoengager, ne se soustrait pas la conception de Betti dont au n. 2 note 5. En effet, il s'agit de voir pourquoi cette autoréglementation d'intérêts doit engager le promettant (ou, comme le dit Betti, doit être *impegnativa* ou exiger d'être observée, ou se détacher de la volonté et même s'y opposer: Betti, *op. cit.* p. 40-42, 46, 48, 51, 53, 58-59, 152, 158-159 *passim).* En d'autres termes, pourquoi le promettant ne peut changer l'appréciation de ses intérêts qu'il a faite au moment de la promesse et les réglementer d'une autre façon. — Comme nous l'avons vu, ce «pourquoi» ne peut consister en un pouvoir de la volonté de créer, bien que médiatement à travers la loi, des rapports juridiques (*contra Betti*, *op. cit.*, p. 45).

Si ce «pourquoi» consiste en la confiance du bénéficiaire de la promesse (idée à laquelle Betti semble faire allusion, lorsqu'il dit que l'acte juridique *légitime* le bénéficiaire ou les tiers, ou indique

d) Celui qui veut s'obliger dans un contrat juridique, *au moment* où il s'oblige. il veut que son acte d'obligation, comme *moyen* vers un but (contreprestation, libéralité), soit juridiquement efficace pour réaliser ce but. Cela est vrai. Mais cela ne concerne pas notre problème, qui est celui de voir si et pourquoi la loi sanctionne ce «*voulu*» et concède une action à l'autre partie, lorsque le promettant à changé de volonté ou d'intérêt, c'est-à-dire lorsqu'il ne veut plus ce but et, par conséquent, le moyen.

e) Une autre source d'équivoque, enfin, a été la généralisation excessive de la notion d'acte juridique (voy. supra n. 1 lettre a).

Sans doute, dans certains actes juridiques, le déclarant exerce un *pouvoir* de la volonté pour atteindre un but ou pour un intérêt que la loi reconnaît et réalise. Sans doute, dans ces cas, la volonté (d'une façon médiate : voy. supra n. 2) crée l'effet juridique; et ici l'on peut parler d'un pouvoir ou d'une énergie créatrice de la volonté du déclarant. Il veut l'intervention du Droit pour produire cet effet; et, en tout cas, il a besoin de cette intervention pour le produire.

Ce sont les cas du mariage (à part les devoirs qui en dérivent), de l'adoption et, en général, des déclarations de volonté par lesquelles (avec l'aide de la loi) on crée un *status*.

C'est le cas du testament, et même des actes de disposition d'un droit patrimonial, en tant que l'on ne considère pas le devoir du disposant de ne pas contrecarrer son propre fait (voy. infra n. 8).

Ce sont, en général, les cas où la déclaration de volonté constitue l'exercice de ce qu'on appelle un *droit formataire :* par exemple, déclaration de résolution d'un contrat, d'exercice d'un droit d'option, de mise en demeure etc. (voy. supra n. 1 lettre a).

Or, la doctrine mentionnée au n. 2, par un de ces procédés de *généralisation* qu'on a déjà critiqués, a généralisé un trait caractéristique de certains actes juridiques, *assez nombreux;* et elle a étendu ce trait à l'acte d'obligation qui, au contraire, a des caractères particuliers, auxquels cette notion d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté ne s'adapte pas.

L'équivoque, engendrée par l'extension du caractère de l'acte de disposition comme exercice d'un pouvoir de la volonté ou d'un droit,

bunaux de l'Eglise, en compétition avec les tribunaux laïques ordinaires, et l'on appliquait le droit civil commun, comme devant ces tribunaux ordinaires (15).

A un autre point de vue, les théories du contrat social, assez équivoques elles-aussi, ont influencé la conception d'un pouvoir de s'autoengager, en tant qu'elles se fondaient sur l'état de nature et sur un pouvoir de l'homme (dans l'état de nature) de céder ou transférer une part de sa liberté naturelle : d'où la prétendue assimilation entre l'acte d'aliénation de la propriété et la promesse (voy. GROTIUS, cité ci-dessus au n. 2).

b) Dans l'obligation contractuelle, la volonté du promettant *crée*, (en général *en concours avec d'autres éléments) la situation*, à laquelle la loi, dans l'intérêt de l'autre partie et de l'ordre social, rattache la naissance d'un lien, responsabilité ou sanction juridique. Voilà la vérité.

Mais cela ne signifie pas que c'est la volonté du promettant, comme exercice du prétendu pouvoir susmentionné, qui crée cet effet juridique. Voilà l'équivoque.

En réalité, il ne s'agit pas, pour le promettant, d'avoir créé ce lien ou effet juridique, mais d'être tenu à l'observer pour l'avoir *voulu*, pour avoir créé cette situation de confiance à l'égard d'une autre personne. La loi rattache l'effet juridique non au «*vouloir*» présent du promettant (qui, peut-être, a changé d'avis: voy. n. 3), mais au «*voulu*» passé, et non seulement à ceci, mais aussi à une situation bien plus complexe, dont fait partie la confiance du bénéficiaire de la promesse et son acceptation comme manifestation de cette confiance (en anglais, *reliance*: voy. mon ouvrage *Il Contratto*, p. 79 et § 17, 26, 27 et 29).

c) Une autre source d'équivoque a été le fait que, dans le contrat synallagmatique (16), chaque partie assume en même temps le rôle actif et passif, de créancier et de débiteur. Ce qui a fait attribuer, à chaque partie, même en sa qualité de promettant, l'idée d'un *pouvoir*, qui lui revient en réalité seulement en tant que créancier.

---

(15) Voy. sur ces points mon ouvrage *Il Contratto*, I, § 4, p. 42 et 46 avec les références.

(16) On a ici un autre exemple des équivoques engendrées par l'attention excessive prêtée au contrat synallagmatique comme contrat par excellence. Voy. supra n. 3, note 12.

et autre chose est de dire que l'obligation, comme effet juridique, est le produit d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté du promettant que la loi reconnaît et réalise (c'est l'équivoque). Dans la première proposition, la volonté, comme «*voulu*» (passé) et non comme «*vouloir*» (présent), est une simple condition de l'effet juridique et non l'exercice d'un pouvoir d'atteindre un but ou un intérêt et de demander la reconnaissance et l'assistance du droit pour le réaliser.

Mais les savants de droit naturel, tombant dans l'équivoque, firent le raisonnement suivant : la volonté seule de l'homme peut l'obliger, donc, l'homme a un pouvoir de s'obliger. Où le sophisme est évident.

Toutefois l'origine de la théorie d'un pouvoir de la volonté de s'autoengager est, peut-être, plus ancienne. Probablement elle remonte à certaines conceptions religieuses et morales concernant les promesses (même juridiques) envers Dieu ou envers le promettant lui-même, c'est-à-dire envers sa conscience morale. Ces conceptions impliquaient, dans un certain sens, l'idée d'un *pouvoir* de la volonté de créer un précepte, une autorité sur elle-même, un lien sur sa conduite future et, partant, un *autoengagement*. Mais, transportées dans le domaine du contrat des systèmes juridiques plus évolués, ces mêmes conceptions ne s'adaptaient plus à l'esprit de ceux-ci. Dans cet esprit, ce qui compte est la position du bénéficiaire de la promesse, le créancier, envers lequel on s'oblige et auquel la loi reconnaît, dans de différentes manières, un droit à la réparation de l'intérêt lésé par la violation de la promesse. Evidemment, cette position du créancier n'est pas celle de Dieu ou du promettant lui-même (de sa conscience): la promesse engage non en vertu du dit *pouvoir* de s'autoengager, mais en considération de la position du créancier. Le droit canon tenait compte de cette distinction entre la promesse, ayant une valeur religieuse ou morale, et la promesse considérée comme rapport envers un créancier qui demande la réparation des dommages-intérêts. Dans le premier cas, le droit canon appliquait la loi divine et la cause était traitée devant l'autorité purement religieuse, avec une procédure spéciale et des sanctions purement religieuses (excommunication, censure, etc.). Dans l'autre cas, comme c'était une personne privée (le créancier) qui demandait la satisfaction de son intérêt privé, la cause était traitée devant les tri-

No. 4 — *Les équivoques qui se trouvent à l'origine de la théorie mentionnée au n. 2*

Pour peu que l'on réfléchisse, notre critique de la théorie mentionnée ci-dessus devient claire et de toute évidence.

Comment s'explique-t-il que des juristes, des savants, dignes du plus grand respect, ont soutenu une théorie pareille ?

En général, il faut être disposé à ne pas attaquer une erreur comme erreur absolue, 100 % : surtout lorsque l'erreur est soutenue par des gens sérieux, on doit être enclin à considérer qu'elle peut contenir une partie de vérité, et que l'erreur consiste dans la généralisation de cette vérité ou dans certaines équivoques.

Autrement, on court le risque de tomber dans l'extrême, ou erreur opposée, comme l'ont fait certains auteurs qui ont voulu attaquer d'une façon excessive cette théorie.

On peut retenir qu'en effet, à l'origine de celle-ci, il y a une partie de vérité avec des généralisations excessives ou des équivoques. Ce que l'on chercherait à montrer tout de suite :

a) A l'origine, l'attention des savants de droit naturel, Grotius, etc., a été frappée par un fait historique auquel ils assistaient : c'est-à-dire le passage d'un système juridique, où l'obligation, du moins dans le domaine des rapports économiques, dérivait souvent du *status* de la personne, dans la société ou la famille, sans sa volonté, à un système où l'obligation surgissait sur la base de la volonté de cette personne. C'est la célèbre transition ou évolution «*from status to contract*» envisagée par MAINE (*Ancient Law* Chap. V) comme loi de l'évolution du Droit.

Les savants de droit naturel, inspirés par certaines idéologies politiques et sociales, voulaient pousser ce processus historique, pour libérer l'individu du lien du *status* et ne le rendre sujet d'une obligation que s'il le voulait (c'est l'individualisme, qui aboutit à la révolution française et qui veut faire du contrat, ou de la volonté de l'individu, la source et l'explication de toute obligation).

Mais dire que dans le droit moderne l'homme, en principe, ne doit être obligé que s'il le veut est une chose (et c'est la vérité) (14);

(14) Toutefois, de nos jours, paraît-il, on est en présence d'un nouveau processus historique qui semble aboutir encore, bien que sous des aspects nouveau, à un système où l'obligation dérive du *status* de la personne dans l'organisation économique de la société, plutôt que du contrat.

Au contraire, c'est justement la promettant-débiteur qui, devant les Tribunaux, invoque, le cas échéant, le défaut de ces limitations ou conditions de forme, cause, etc. Ce qui prouve, encore une fois, l'absurdité de la conception d'un pouvoir de la volonté du promettant, que la loi devrait en principe «respecter» ou réaliser, et ne pas limiter. L'absurdité, puisque c'est le titulaire lui-même de ce prétendu pouvoir qui en justice invoque *à son profit* les limitations de son pouvoir !

L'on rencontre la même équivoque à l'égard de ce qu'on appelle liberté contractuelle (*freedom of contract*), puisqu'on dit que ce problème est celui des limites à l'autonomie privée: voy. Fuller, cité ci-dessus au n. 2, et l'art. 1322 code civil italien qui parle de l'autonomie contractuelle comme *pouvoir des parties* de déterminer librement le contenu des contrats (nommés) ou de conclure les contrats (innommés) qu'elles veulent, dans certaines *limites*, établies par la loi.

En réalité, les limitations à ce *pouvoir* ou liberté contractuelle (y compris la forme, la cause suffisante et la *considération de common law)* concernent le pouvoir du *créancier* (futur), ou de chaque partie comme créancière, de créer une obligation à la charge de l'autre partie; et non le prétendu pouvoir du promettant ou *débiteur* (futur) de créer un effet (obligation) *juridique*, qu'il n'a pas besoin de créer, puisque, s'il veut donner effet à sa promesse, il n'a qu'à l'exécuter sans invoquer en justice les limitations susdites.

Les limites à la liberté contractuelle signifient simplement que le contractant, en tant que *créancier* (futur) ou partie *active* du rapport, ne peut chercher à imposer à l'autre partie une obligation sans la garantie de certaines formes ou d'une cause suffisante ou contrepartie, ou de lui imposer certaines clauses trop onéreuses, en prétendant que tout cela ait une valeur ou un effet juridique, c'est-à-dire en prétendant la reconnaissance et l'assistance du Droit comme force.

D'ailleurs, comme l'histoire nous l'apprend, la lutte pour la liberté contractuelle en ce sens a été menée par les classes sociales plus fortes des créanciers ou des candidats créanciers, et non par les classes des débiteurs ou des candidats débiteurs, qui, eux, ont lutté pour la limitation de cette liberté contractuelle !

En outre, cet argument d'une volonté commune ou fusion de volontés ne peut être appliqué aux contrats purement gratuits (voy. supra note 12); et aux cas où la loi admet l'acte unilatéral comme source d'obligation (voy. supra, et *l'act under seal* dans la *common law*), et où, par définition, il n'y a pas d'accord.

Si tout ce que nous avons dit est exact, s'il est vrai que l'intérêt que la loi réalise dans l'obligation est celui du bénéficiaire de la promesse, il s'ensuit que toute limitation légale à l'efficacité de l'acte d'obligation, toute condition requise par la loi (forme, cause, *considération de la common law* etc.) constituent une limitation non au prétendu pouvoir de la volonté du promettant, mais au pouvoir, à l'intérêt, à l'expectative du bénéficiaire de la promesse, c'est-à-dire à celui qui veut devenir créancier ou partie active dans le rapport d'obligation. Toutes ces limitations ou conditions entament la confiance (en anglais: *reliance;* en italien: *affidamento*) que cette autre partie a fait en la promesse.

Le problème juridique du contrat, comme acte d'obligation, n'est pas celui de réaliser le prétendu pouvoir de la volonté du promettant, mais de donner ou non, et dans quelle mesure, une action au bénéficiaire de la promesse.

En d'autres termes, c'est le problème de composer le conflit d'intérêts entre le promettant, dont l'intérêt est devenu celui de se soustraire à la promesse ou d'en alléger le poids (la responsabilité), et l'intérêt ou la confiance du bénéficiaire de cette promesse. (13).

Les limitations ou conditions pour l'efficacité juridique de l'acte d'obligation (forme, cause, etc.) sont posées par la loi dans l'intérêt et pour la protection du promettant, et aussi, autrefois et encore aujourd'hui, pour une certaine exigence de certitude des rapports juridiques et pour alléger la tâche du juge.

Le promettant, s'il veut réaliser sa volonté originelle, n'a qu'a maintenir sa promesse, même si ces conditions n'ont pas été respectées; et la loi ne l'empêche pas d'exécuter cette promesse juridiquement nulle (à part le cas d'illicéité, s'il y a une action *ex-officio* ou des tiers pour faire déclarer nulle même l'exécution de la promesse).

---

(13) Voy. en ce sens, POLLOCK, *Principles of contract,* 13ème édit., London, 1950 p. 1 avec les références.

Le pouvoir et le rôle de créer l'effet juridique, qu'on assigne à la volonté du promettant, deviendrait, par cela, un pouvoir ou un co-pouvoir de co-créer, avec la volonté de l'autre partie, cet effet. Mais, à part les critiques qu'on peut adresser à cette idée d'une volonté commune résultant de la fusion de deux volontés (12), l'argument ne peut dissimuler cette réalité, que le promettant, s'il veut maintenir sa promesse, n'a qu'à l'exécuter et qu'il n'a pas besoin de l'intervention du Droit pour cela. En effet, il veut que le contrat soit la loi des parties (c'est-à-dire il veut l'intervention de la loi pour l'assister) en tant que créancier lui-aussi dans les contrats *synallagmatiques* (voy. supra note n. 12).

---

(12) Une étude approfondie de cette idée d'une volonté commune révélerait, même en matière d'interprétation, qu'il s'agit très souvent d'une fiction, d'une expression figurée, d'une métaphore pour exprimer l'opération de composer le conflit d'intérêts entre les contractants, opération que la loi confère au juge (voy. pour une allusion mon ouvrage *Il Contratto*, cit., vol. I, p. 221 suiv.).

En outre, cette idée ou métaphore d'une volonté commune supérieure concerne spécialement les contrats synallagmatiques, les contrats à titre onéreux et ceux où l'on impose quelque condition à l'autre partie. C'est seulement dans ces contrats qu'il y a un véritable «*accord*» (qui est à la racine de la métaphore d'une volonté commune résultant de la fusion de deux volontés) : un accord ou consentement en ce sens que, chaque partie consentant ou concédant quelque chose à l'autre, les deux se mettent d'accord, composent leurs intérêts et forment cet accord qui se présente comme volonté commune.

Mais dans les contrats à titre purement gratuit il n'y a pas d'accord ou de volonté commune dans le sens qui donne lieu à la métaphore d'une fusion de volontés. Il y a, et pas toujours, une acceptation du bénéficiaire de la promesse, une acceptation qui est simplement une manifestation de confiance (*reliance* en anglais) en la promesse ou d'expectative qu'elle sera maintenue. — Voy. sur tout cela mon ouvrage *Il Contratto*, vol. I § 17 et 35 *sub a*.

De façon que l'argument de la prétendue volonté commune ou fusion de volonté, que le promettant concourrait à former, ne peut être appliqué aux contrats purement gratuits.

Un réexamen approfondi de la doctrine courante sur le contrat montrerait que plusieurs de ses notions *générales* représentent une généralisation (excessive) de certains traits caractéristiques du contrat d'échange ou à titre onéreux, le contrat plus commun, le contrat par excellence ! Voy. sur ce point mon ouvrage *Il Contratto*, vol. 1, p. 43, 56 note 27, 102, 157 - 158, 225, 323 - 326, 350, etc. C'est une des thèses ou *leit motifs* qui inspirent mon ouvrage *Il Contratto*.

Cette explication ne peut consister qu'en la position du bénéficiaire de la promesse, celui qui est devenu le créancier. C'est sa confiance en la promesse, avec parfois d'autres raisons justificatives (10), qui détermine la loi à intervenir, par une sanction directe ou indirecte pour le maintien de la promesse, même contre la volonté ou l'intérêt changés du débiteur.

Et, si le concours de la volonté du bénéficiaire de la promesse est nécessaire (acceptation), c'est cette volonté qui tend à créer l'effet juridique et à demander la reconnaissance et la protection du Droit. C'est son intérêt (appréciation subjective), sa volonté que la loi réalise.

D'ailleurs, s'il s'agissait vraiment d'un pouvoir de la volonté du promettant, de l'exercice de son droit, la déclaration unilatérale du seul promettant devrait suffire pour créer l'effet juridique. Au contraire, la loi admet cette déclaration unilatérale comme source d'obligation seulement dans certains cas exceptionnels, où une confiance particulière et d'autres raisons pratiques conseillent aux législateurs cette solution (à part le cas de l'acte formel unilatéral en *common law* qui a d'autres explications historiques). (11).

Les auteurs les plus avisés ont bien compris que le point mort auquel aboutit la théorie mentionnée ci-dessus au n. 2, c'est d'expliquer comment la volonté du promettant, qui aurait ce prétendu pouvoir, ne peut plus changer, comment il ne peut se soustraire à ce qu'il a voulu dans le passé (voy. Kelsen et d'autres auteurs cités au n. 2).

Pour sortir de cette impasse, ils ont eu recours à l'idée de la confiance du créancier, idée qui détruit la théorie d'un pouvoir ou énergie créatrice de la volonté du promettant. — Ou, encore, ils ont eu recours à l'idée, quelque peu analogue, d'une volonté supérieure, qui se formerait dans le contrat par la *fusion* de la volonté des deux parties; une volonté supérieure qui constituerait la loi des parties (art. 1134 code civil français, 147 code civil égyptien; 1372 code civil italien, etc.), et qui empêcherait le débiteur de changer sa volonté et de se soustraire à la parole donnée.

(10) Voy. sur ces raisons justificatives (cause suffisante, juste, plausible) mon ouvrage *Il Contratto*, ct., Vol. I, § 10 à 17, 21 et 26 suiv.

(11) Voy. mon ouvrage *Il Contratto*, cit., vol. I § 12 et 17.

Il suffit de réfléchir que, si le promettant veut s'obliger et qu'il veut que cette volonté, ce but, se réalise, il n'a qu'à maintenir sa promesse.

Il n'a pas besoin de l'intervention du Droit, de sa sanction, pour produire l'effet qu'il veut, *s'il le veut encore*, lorsque le moment de l'exécution de la promesse arrive.

Le Droit n'a pas à intervenir pour réaliser cette volonté, ce but ou cet intérêt du promettant, de rendre efficace sa promesse; et pourtant, cette intervention du Droit, pour réaliser un intérêt du déclarant, est à la base de la notion de l'acte juridique mentionnée ci-dessus n. 2.

A l'égard de l'acte d'obligation, comme déclaration de volonté du promettant, le Droit n'intervient point pour réaliser la volonté ou l'intérêt (appréciation subjective) du promettant. Au contraire, il intervient lorsque celui-ci a *changé sa volonté*, *son appréciation d'intérêt*, c'est-à-dire lorsque le débiteur ne veut plus maintenir sa promesse, outre, dans certains cas où il ne peut la maintenir (9). En faisant cela, le Droit, loin de réaliser la volonté ou l'intérêt subjectif du promettant, *va contre* cette volonté ou cet intérêt.

Et alors on ne peut dire que le promettant exerce un pouvoir, une énergie créatrice de sa volonté, un pouvoir de créer un effet que la loi, en intervenant, lui reconnaît et réalise.

Ce qui reste à expliquer ce n'est pas comment le promettant peut s'obliger, mais comment il ne peut plus changer sa volonté et se *soustraire à ce qu'il a voulu dans le passé*.

---

(9) Si l'on considère la promesse d'une prestation fongible ou l'obligation de réparer les dommages-intérêts pour une prestation infongible, devenue impossible (dans ce dernier cas il s'agit, plus ou moins, d'une espèce de garantie d'un résultat : voy. art. 1147 c. civ. français, 215 c. civ. égypt.; 1218 c. civ. ital., etc. et mon article sur l'Objet du contrat cité ci-dessus n. 1 note 2) alors l'impossibilité de maintenir la promesse est toujours subjective: insolvabilité, difficulté d'exécuter, etc. Dans ce dernier cas, même si le promettant (se trouvant dans cette impossibilité ou difficulté subjective) veut maintenir sa promesse, il s'agit d'une velléité, plutôt que d'une volonté effective de maintenir la promesse, parce que, avec un certain effort, le promettant pourrait toujours la maintenir. En tout cas, au point de vue objectif, l'intérêt du promettant serait de ne pas exécuter l'obligation ou d'en alléger le poids, d'en renvoyer l'exécution, etc.

— SUPERVIELLE, dans la *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1952, p. 570-571 : «D'accord avec la doctrine et la tradition classiques, l'obligation contractuelle reçoit la sanction du droit en hommage au respect dû à la libre volonté de celui qui veut s'obliger... Je pense, donc j'existe, a dit Descartes. Je veux, donc je m'oblige, a dit Saleilles.»

On ne manque pas de citer Kant et Kelsen : voy. la série d'articles publiés dans les Archives de Philosophie du droit, 1940, n. 1-4 et ici un article de Kelsen (8).

No. 3 — *Critique de la doctrine ci-dessus, à l'égard du contrat ou promesse comme acte d'obligation ou comme déclaration de volonté du promettant.*

Nous croyons que cette doctrine, *en ce qui concerne l'acte d'obligation*, n'est pas exacte.

---

(8) Pour cette idée d'un pouvoir de la volonté de s'obliger (autoengagement, auotnomie de la volonté comme pouvoir de créer l'obligation ou autodéterminer la situation juridique du déclarant) voy. aussi :

— PLANIOL, *Traité élém.*, cit., I, n. 289 et 380; II, n. 16, 17 et 18, qui pose, comme Grotius, l'analogie avec l'aliénation d'un droit subjectif; et *op. cit.*, II, n. 303 (où la cause est conçue comme limitation à ce pouvoir) et n. 1195.

— PLANIOL, *Traité Pratique*, Paris, 1952, VI, n. 14 p. 20.

— DEMOGUE, *op. cit.*, I, n. 12 et 14 p. 29 avec d'autres références.

Même la conception de Betti, cit. ci-dessus n. 2 note 6, contient cette idée d'un pouvoir (potestà) de la volonté de s'engager ou d'autodéterminer la situation juridique, bien que la loi en soit la source primaire et qu'elle pose, selon Betti, la limitation ou justification de la fonction économico-sociale de l'acte et d'une volonté déclarée ayant une valeur objective séparée du sujet déclarant. Voy. BETTI, *op. cit.* p. 52 et 56, où l'on parle d'une «compétence» ou pouvoir de la volonté d'édicter un précepte, un commandement, une «statuition» ou disposition, ou de «*créer*» des rapports juridiques, bien que ce précepte soit transformé ou traduit par la loi en précepte juridique avec des modifications, des limitations, des intégrations que la loi considère convenables. D'ailleurs, cette idée de l'acte juridique comme précepte ou commandement est assez répandue dans la doctrine italienne.

Comme on le verra (*infra* note spéciale à la fin du n. 4), même cette conception de Betti n'échappe pas aux critiques dont ci-dessous aux n. 3 et 4.

actes; et, comme le pouvoir de l'homme sur sa propriété l'habilite *(enables)* à l'aliéner, de même un homme a le *pouvoir* d'aliéner à autrui, qui accepte, une part ou plutôt une conséquence de sa liberté (7). D'où il s'ensuit que toute limitation posée par la loi à l'efficacité juridique de l'acte (cause, forme, etc.) constituerait une limitation à ce pouvoir de la volonté du déclarant.

Cette conception est devenue de domaine commun, chez les auteurs de *common law* aussi : c'est l'idée de l'autoengagement. Elle inspire aussi ce qu'on appelle le principe de *l'autonomie de la volonté* et de la liberté contractuelle.

Il n'est pas nécessaire de faire des citations.

Dans le seul but de nous rafraîchir la mémoire rappelons :

— DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit. I n. 15, qui, à propos de l'obligation contractuelle, parle d'une énergie créatrice de la volonté du débiteur, libre en nature, mais à laquelle la loi poserait des limitations.

Et Demogue d'ajouter que la loi doit reconnaître aussi les buts non économiques ou moraux du débiteur et l'obligation contractée pour ces buts : «l'homme, dit-il, ne vit pas seulement de pain, il faut se préoccuper de ses besoins plus élevés» (*op. cit.*, II, n. 770). Un système juridique qui ne reconnaît pas le pouvoir de l'homme de s'obliger pour ces buts moraux est inacceptable dans une civilisation développée (DEMOGUE, *op. cit.*, II, n. 759).

— FULLER, professeur de philosophie du droit à Harvard, dans son article *Considération and Form*, *Columbia Law Review*, 1941, vol. 41, p. 806-808; écrit : «Among the basic conceptions of contract law the most pervasive and indispensable is the principle of private autonomy. This principle simply means that the law views private individuals as possessing power to effect, within certain limits, changes in their legal relations . The man who conveys property to another, is exercing this power, so is the man who enters a contract, etc.» et dans une note : «The problem generally discussed in this country (les Etats Unis) under the heading «freedom of contract» is the problem of the limits of private autonomy». Voy. autres auteurs cités par Fuller, *op. et loc. citt.*

---

(7) Voy. aussi GROTIUS, *De jure belli et pacis*, II, chap. XI n. 1 (3, 4), III et IV en relation au n. XIV du même chapitre.

A son tour, cette définition de l'acte juridique se rattache à celle du droit subjectif. Comme on le sait, le droit subjectif a été défini, d'après quelques auteurs, «un pouvoir de la volonté» d'après d'autres auteurs, «un intérêt protégé» (par la loi). Une troisième conception synthétique et assez courante contient ces deux éléments, pouvoir de la volonté et intérêt, et définit le droit subjectif comme *«un pouvoir de la volonté pour la réalisation d'un intérêt protégé par le droit»*.

Dans cet ordre d'idées, l'acte juridique, défini comme ci-dessus, se présente comme *l'exercice du droit subjectif :* un acte qui exerce le pouvoir de la volonté (contenu dans le droit subjectif) pour la réalisation d'un intérêt du déclarant (6).

Cette conception est assez ancienne : on la rencontre déjà chez *Grotius*, et peut-être est-elle un produit des écoles de droit naturel et des courants idéologiques et politiques qui ont inspiré ces écoles. Ou bien elle est encore plus ancienne, si l'on peut la faire remonter à certaines conceptions morales ou religieuses (voy. n. 4 lettre a).

Dans son ouvrage *The Jurisprudence of Holland*, traduction, Oxford, 1926, Livre III, Chap. I n. 12, 21 et 25, Grotius, pour expliquer le contrat comme source d'obligation, dit : la raison de cette valeur du contrat consiste en la liberté qu'a l'homme de disposer de ses

---

=déclarant et, en même temps, qu'il ne s'agit pas de l'autodétermination au sens formel ou dont le contenu n'a pas d'importance, mais d'une autodétermination ou autorèglementation d'*intérêts* du déclarant; on ajoute que ces intérêts doivent avoir une certaine importance sociale (BETTI, *op. et loc. citt.*, et p. 50; voy. aussi DEMOGUE, *op. et loc. citt.* et p. 31-32 avec d'autres références).

On veut dire par cela que la loi réalise ou protège cette volonté (parfois en l'intégrant) non simplement parce que l'individu veut, mais parce qu'il veut régler ses intérêts (dignes de protection selon l'esprit d'un système juridique donné).

Comme on le verra (ci-dessous note spéciale à la fin du n. 4) même cette définition ne se soustrait pas aux critiques faites ci-dessous aux n. 3 et 4 quant à son application à l'acte d'obligation ou promesse.

(6) BETTI, *op. et loc. citt.*, spécialement p. 71, observe qu'il ne s'agit pas toujours de l'exercice d'un droit subjectif ou d'un pouvoir juridique.

Cette observation aurait dû conduire à nier que le rôle de la volonté dans la promesse est celui d'un *pouvoir* du déclarant d'autodéterminer sa situation juridique, c'est-à-dire d'un *pouvoir de créer* (même d'une façon médiate, à travers la loi) l'effet juridique.

de la disposition peuvent intéresser en ce qu'elles représentent une suspension ou une résolution de l'effet translatif, mais non au point de vue de conditions ou stipulations concernant les rapports d'obligation entre les contractants.

No. 2 — *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique : la doctrine classique : le pouvoir ou l'énergie créatrice de la volonté.*

Comme on le sait, la théorie générale courante et classique conçoit le rôle de la volonté dans l'acte juridique comme celui d'un pouvoir ou d'une *énergie créatrice* de la volonté. C'est la volonté qui crée l'effet juridique, au moins d'une façon médiate, c'est-à-dire à travers la loi. On reconnaît, dans la doctrine la plus accréditée, qu'en définitive c'est la loi qui représente la source primaire de l'effet juridique; mais on ajoute qu'à la base de cette opération de la loi, il y a la volonté du déclarant comme source créatrice dans la réalité de fait ou psychologique. *La volonté crée un effet que la loi reconnaît et réalise «en hommage au respect dû à la volonté de celui qui veut s'obliger».* Ce qui présuppose aussi la volonté d'un effet favorable au déclarant, un effet que la loi, pour réaliser ou protéger la volonté ou *l'intérêt* du déclarant, réalise dans l'ordre juridique. L'intérêt, au point de vue subjectif, n'est qu'une appréciation, de la part du sujet déclarant, de ce qui lui convient : la loi, reconnaissant l'acte juridique qui contient cette appréciation, la réaliserait dans l'intérêt du sujet lui-même, qui, justement pour réaliser cet intérêt personnel, demanderait l'intervention de la loi ou du Droit comme force ou sanction juridique.

Cette conception du rôle de la volonté se rattache à la notion générale ou généralisante de l'acte juridique comme «déclaration de volonté tendant à produire un effet ou à réaliser un but que la loi reconnaît et protège» (5).

---

(5) Voy. ci-dessus n. 1 lettre a. Pour les références voy. DEMOGUE, *Traité des oblig.*, cit., I, n. 13; BETTI, *Negozio giuridico,* cit., chap. I.

On définit l'acte juridique aussi comme «une expression de volonté par laquelle une personne détermine elle-même sa situation juridique» (CROME) : voy. DEMOGUE, *op. et loc. citt.*

D'autres définitions éclaircissent la notion de l'autonomie privée et mettent en relief cette autodétermination de la situation juridique du=

est, pour ainsi dire, *absorbé ou incorporé dans le contrat comme acte d'obligation* (voy. art. 204 et 932 code civil égyptien; art. 1138 code civil français; art. 1376 code civil italien, etc.). Même la transcription des droits immobiliers n'est pas un acte de transfert pur, séparé, par exemple, du contrat de vente; la transcription n'est qu'une formalité, (parfois nécessaire même entre les parties), où le titre ou acte à transcrire est encore le contrat de vente, qui contient, quant à la volonté des parties, l'acte d'obligation et l'acte de disposition

Comme on le sait, le système allemand est différent : l'acte de transfert y est séparé du contrat, par exemple, du contrat de vente, qui contient les pures et simples obligations des parties (comme dans le droit romain) : voy. art. 398, 413, 873, 925, 930 code civil allemand; art. 656 suiv., 714 suiv. code civil suisse, et 164 suiv. code suisse des obligations.

Cette fusion ou confusion qu'on trouve dans les systèmes latins, entre acte d'obligation et acte de transfert ou de disposition, a produit des confusions regrettables dans la théorie générale de l'acte juridique. Cette fusion ou confusion a été la source de la théorie de l'objet du contrat comme élément nécessaire (et *logiquement* nécessaire) du contrat : voy. notre article cité ci-dessus à la note 2. Elle a constitué aussi une des équivoques d'où est née la conception de l'obligation comme produit d'un pouvoir ou d'une énergie créatrice de la volonté du débiteur (voy. infra n. 4), et d'autres équivoques.

Le fait qu'une même déclaration de volonté (par exemple, celle du vendeur) ou, pour mieux dire, un acte complexe produit deux effets ou contient deux actes, d'obligation et de disposition, n'aurait pas dû autoriser la fusion ou confusion complète de ces deux actes. A l'occasion, c'est-à-dire lorsque certains problèmes l'exigeaient, on aurait dû distinguer, dans le contrat de vente ou d'autres contrats translatifs, l'effet ou aspect de l'obligation et l'effet ou aspect de la disposition : une distinction à faire, si non comme distinction entre deux actes matériellement séparés, quand même comme distinction logique entre deux aspects différents *d'un acte complexe.*

D'ailleurs, cette distinction est à la base de la publicité (transcription, etc.). Pour la publicité, ce qui intéresse c'est seulement l'acte de disposition, contenu dans le contrat de vente ou d'autres contrats; les différentes conditions ou stipulations de ce contrat base

Les actes patrimoniaux entre vifs, dont on a donné la notion, se distinguent en actes d'obligation et actes de disposition.

Les actes d'obligation sont ceux dont le but ou fonction est de créer une obligation : les contrats (comme source d'obligation) et parfois la déclaration de volonté unilatérale (exceptionnellement dans la *civil law* ou droit continental moderne : voy., par exemple, art. 162 cod. civ. égyptien).

Les actes de disposition sont ceux dont le but ou fonction est de disposer d'un droit patrimonial. Ils se distinguent en :

— *transfert* ou aliénation au sens large, y compris l'acte de constitution d'un droit réel;

— *renonciation* ou abandon du droit, dont un exemple est donné par la remise de dette (art. 371 code civil égyptien), mais aussi par la renonciation à une servitude, à un usufruit, à la propriété, etc.;

— *modification* d'un droit préexistant, soit réel soit d'obligation. Celui qui consent à modifier son droit, dispose de son droit. La modification implique parfois des actes d'obligation, surtout lorsqu'on modifie un contrat synallagmatique.

c) A propos de la distinction entre actes d'obligation et actes de disposition, les systèmes latins (y compris le droit égyptien) présentent un certain caractère, qu'il faudra toujours se rappeler pour bien comprendre certains aspects de la théorie de l'acte juridique qui leur sont propres dans les systèmes latins. C'est que dans ces systèmes, l'acte de transfert, en principe et sauf quelques exceptions,

---

= par la sanction des astreintes, ou par celle de la réparation du préjudice moral (art. 222 c. civil égyptien), on est en présence d'un acte (contrat valable) ayant des effets patrimoniaux. Exemple : un boucher promet, sous une clause pénale, à une association religieuse, de ne vendre que de la viande ayant certaines qualités conformes aux préceptes religieux. (DEMOGUE, *Traité des Oblig.*, II n. 759).

Voy., sur cette catégorie des contrats pour des intérêts non économiques ou non patrimoniaux, mon ouvrage, *Il Contratto*, cit., vol. I, p. 163-169; 225; 233; et 252 note 21.

Donc, ce qui compte dans notre définition, ce n'est pas l'intérêt, patrimonial ou moral, des parties, mais l'*effet* caractéristique ou la *sanction* de l'acte, qui doit être un effet patrimonial ou une sanction patrimoniale. Dans la plupart des cas, toutefois, l'intérêt aussi a un caractère patrimonial.

sion et, en général, des actes extrapatrimoniaux, sont tellement fortes, que la méthode comparative (qu'on devrait *nécessairement* employer lorsqu'on fait des généralisations comme celle de l'acte juridique) ne peut donner que des résultats insignifiants.

En outre, la catégorie générale de l'acte juridique, ayant l'ampleur indiquée ci-dessus, est étrangère à la common law; et, quant au droit égyptien, on sait qu'il ne connaît pas cette catégorie très générale, mais seulement celle comprenant les actes patrimoniaux entre vifs.

En effet, cette dernière catégorie présente une certaine homogénéité, étant donné que, dans toute législation, les actes patrimoniaux entre vifs, surtout le contrat et le transfert, présentent beaucoup de caractères et de principes communs. De façon que, dans ce domaine, la généralisation est plus utile et plus sûre.

Toutefois, comme on le verra, il ne faut pas oublier que, même dans ce domaine, il y a eu une transposition de certains caractères des actes de disposition aux actes d'obligation (voy. infra lettre c), et en particulier une transmission en ce qui concerne notre problème du rôle de la volonté du promettant.

b) La notion d'acte patrimonial entre vifs ou affectant le patrimoine concerne les actes dont le caractère *essentiel* ou l'effet *direct* est celui d'affecter le patrimoine de leur auteur, ou, si l'on veut, de rentrer dans le domaine traditionnel des droits d'obligation et de propriété.

En effet, dans le droit de famille aussi il y a des actes, comme le mariage et l'adoption, qui produisent des effets patrimoniaux (obligation des aliments, succession, etc.); mais ces effets ne sont pas des effets directs, ou ne représentent pas le caractère *essentiel* de l'acte, qu'on définit toujours un acte de droit de famille et non de droit patrimonial (4).

---

(4) A un autre point de vue il faut rectifier une opinion assez répandue : c'est-à-dire, que l'acte entre vifs au caractère patrimonial, ou à effet patrimonial dans le sens ci-dessus, est un acte où l'intérêt des parties, lui aussi, est patrimonial. Cela n'est pas toujours vrai. Parfois une personne se fait promettre par une autre personne une prestation qui n'a aucune valeur patrimoniale et qui n'est pas susceptible d'exécution forcée : et, pourtant, si ce contrat est assisté par une clause pénale,=

duit de conditions historiques, d'une mentalité et d'une philosophie particulières), il faut procéder, dans cette matière, avec une précaution extrême.

Ce n'est pas le lieu ici pour discuter d'un point tellement grave de *notre* science juridique (2).

Pour ce qui concerne le sujet de cet article, il nous suffit d'observer que cette généralisation a été la source de nombreuses équivoques, à la suite de la transposition de certains principes ou caractères des actes extrapatrimoniaux (de famille, etc.), des testaments et d'autres aux actes patrimoniaux entre vifs, et vice versa (3). Surtout il est intéressant d'observer que cette transposition, comme on le verra, a eu lieu en particulier dans notre problème du rôle de la volonté du promettant, et qu'elle a engendré des équivoques et influencé la doctrine en matière.

D'ailleurs, au point de vue du droit comparé, les différences concernant le droit de chaque pays en matière de famille, de succes-

---

(2) Il nous suffit d'observer que la généralisation ci-dessus se fonde sur l'élément de la *volonté* (d'exercer un droit ou un pouvoir et de s'obliger), élément commun à tout acte juridique, mais ayant une importance très *variable* pour chaque catégorie d'actes. Sur cette base on a procédé à d'autres généralisations, telles que : a) la capacité; b) l'absence de vices de la volonté; c) la simulation, la réserve mentale, etc.; d) le terme et la condition et d'autres autolimitations de la volonté; e) la possibilité de modifier les effets légaux de l'acte (surtout s'il s'agit de règles supplétives ou intégratives de la volonté); f) la cause; g) l'objet, etc.

Or, les notions ci-dessus représentent des problèmes, plutôt que des éléments généraux de l'acte juridique; des problèmes, dont la solution est différente pour chaque catégorie d'actes juridiques, qui présentent des exigences et des caractères particuliers.

D'ailleurs, la cause (comme cause suffisante, juste et plausible) concerne seulement les contrats ou promesses en général et les actes de transfert entre vifs : voy. mon ouvrage, *Il contratto*, Milano, 1954-1955.

L'objet est une notion (très obscure) concernant le contrat et le transfert; voy. mon article, *L'objet du contrat*, dans la revue El Qanoun Wal Ictisad, 1954, p. 105 suiv.

Les éléments indiqués ci-dessus aux lettres *d* et *e* sont admis seulement dans certains actes patrimoniaux, etc.

(3) Il faut attirer l'attention sur ce «vice-versa», parce que très souvent on a transposé les principes et les caractères des contrats (en tant que ceux-ci trouvaient une réglementation générale dans les codes) aux autres actes juridiques. C'est un procédé de généralisation très fréquent.

tion, l'assignation en justice, la mise en demeure, les dénonciations, la révocation et la résiliation unilatérale, l'exercice d'un droit d'option, de préemption, de retrait, etc.).

Enfin, cette conception générale comprend toute déclaration de volonté produisant des effets juridiques conformes (bien que complétés par la loi) à la volonté du déclarant, du moins conformes au point de vue pratique et au moment de la déclaration (1).

A notre avis, une pareille conception, étant donné la différence des principes base de chacune des catégories d'actes mentionnés ci-dessus, représente un effort de généralisation très discutable et même dangereux, tandis que son utilité est très limitée. Du moins, si l'on ne veut pas abandonner cette conception générale (qui a été le pro-

---

1) *Il Contratto*, Milano 1954-1955, deux vol. de p. 1200, problèmes fondamentaux du contrat, traités avec la méthode comparative et casuistique, le II vol. étant un recueil de cas judiciaires italiens, français et anglo-américains, annotés et comparés. Cet ouvrage représente un développement des cours de droit privé approfondi et comparé que le professeur Gorla donna aux Universités d'Alexandrie et du Caire dans les dernières années. Il l'a médité et écrit en Egypte pendant les années 1951-1954. C'est un ouvrage de droit comparé et, en même temps, un essai d'une nouvelle méthode d'enseignement.

Outre cela, le professeur Gorla a publié, dans différentes revues, plusieurs articles et études de droit civil et commercial, de procédure civile et de droit comparé. Pour ce qui intéresse les Revues égyptiennes, on peut mentionner :

— La théorie de l'objet du contrat dans la civil law, essai de critique par la méthode comparative, Al Qanoun Wal Yqtisad, 1954, (publié aussi dans la Tulane Law Review de Nouvelle Orléans, 1954).

— Les grandes sociétés par actions dans la civilisation contemporaine, Gazette Fiscale commerciale et industrielle, 1951.

— Prorogation d'une société commerciale et révocation de la délibération de mise en liquidation, même Revue, 1951.

(1) Sur l'ampleur de cette conception générale voy. : DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris, 1923, I, n. 12 et II, p. 131 et 133; PLANIOL, *Traité élém. de droit civil*, 3ème. édit., II, n. 1198; VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürg. Rechts*, 1, 2, München und Leipzig, 1914, § 50; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 47, 55, 59, 71, 290-294; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1, Milano, 1952, § 35.

Voy. aussi les références chez ces auteurs.

adoption, reconnaissance d'enfant naturel, émancipation, etc. Et encore : les actes réglementaires ou individuels d'une autorité publique; la délibération d'une assemblée; une sommation, une assignation en justice; les actes d'autorisation, la procuration, la ratification; la confirmation d'un acte annulable, etc.; les dénonciations, la mise en demeure, la révocation ou la résiliation unilatérale d'un contrat, etc.

Certains de ces actes rentrent, peut-être, dans le domaine des actes patrimoniaux ou ayant un effet patrimonial; d'autres rentrent dans la notion d'exercice d'un droit formataire (tels que la somma-

---

PUBLICATIONS

a) L'assegnazione giudiziale di crediti, Padova 1932 (2ème édit. 1933), de pages 240, ouvrage de droit civil et de procédure, qu'il présenta pour sa «libera docenza».

b) La riproduzione del negozio giuridico (la répétition de l'acte juridique) de pages 100, Padova, 1933.

c) Del rischio e pericolo nelle obbligazioni (du risque dans les obligations), de pages 400, Padova, 1934, qu'il présenta au concours pour la chaire de Cagliari et dont la thèse fut adoptée dans le nouveau code civil italien de 1942.

d) Le garanzie reali dell'obligazione (les sûretés réelles) de pages 380, Milano, 1936.

e) La compravendita (la vente), Torino, 1937, de pages 400.

f) L'interpretazione del diritto, de pages 160, Milano, 1941, ouvrage de philosophie du droit.

g) Le società secondo il nuovo Codice (les sociétés d'après le nouveau code italien) de pages 180, Milano, 1941 (2ème édit. 1942), la première étude en cette matière publiée après l'émanation du nouveau code italien.

h) Pegno e ipoteca (du gage et de l'hypothèque), pages 420, Roma-Bologne 1945 (2ème édit. 1955), où il modifie la thèse des «Garanzie reali» et fait une étude du point de vue historique ainsi que commercial des sûretés réelles (gage et hypothèque à garantie d'une lettre de change, des titres d'obligations émis par des sociétés, gage d'un fonds de commerce, gage d'actions et de titres de crédit, etc.).

i) Commento a Tocqueville, l'idea dei diritti (commentaire à Tocqueville, le grand historien et sociologue français), de pages 340, Milano, 1948 : c'est un ouvrage de philosophie du droit, où l'auteur examine l'idée des droits subjectifs ou individuels dans la civil law et la common law, eu égard, en particulier, à la démocratie américaine. Ouvrage très apprécié en Amérique et Angleterre; voy. les recensions dans le Cornell Law Quarterly, 1950, p. 467; The Cambridge Law Journal, 1949, p. 300; The Modern Law Review, 1950, p. 397.

LE ROLE DE LA VOLONTE DANS LA PROMESSE COMME ACTE JURIDIQUE

Par

le Professeur GINO GORLA *

Titulaire de droit privé comparé à la Faculté de Droit d'Alexandrie et de droit privé à la Faculté de Droit de Pavia

No. 1 — *Prémisses.*

a) Comme on le sait, certains courants doctrinaires, surtout en Allemagne, en Italie, mais aussi en France, et certains codes (le code civil allemand) ont cherché à construire une théorie *très générale* de l'acte juridique. Cette théorie devrait comprendre des notions et des principes concernant tout acte juridique : non seulement les actes patrimoniaux entre vifs, mais aussi le testament, l'acceptation d'une succession et les actes affectant le droit de famille : mariage,

---

Le professeur Gino Gorla, né à Crema (Italie) le 28 décembre 1906, obtint sa licence en droit à l'Université de Milano le 30 octobre 1928, et la «libera docenza» (habilitation à l'enseignement dans les Universités) en 1933. En 1934, par un concours gouvernemental d'après le système italien, il devint professeur titulaire de droit civil à l'Université de Cagliari. Il enseigna ensuite cette matière et les instituts de droit privé aux Universités de Perugia, Modena, Parma et Pavia (où il est titulaire à présent).

En 1949 il reçut une mission du Ministre Italien des Affaires Etrangères pour faire une étude sur l'organisation et les méthodes d'enseignement des Law Schools des Etats-Unis d'Amérique, où il passa toute l'année 1949. Voyez son rapport sur cette Mission dans la Rivista di diritto commerciale 1950 et son article «A civil lawyer looks at American Law School Instruction» dans l'American Law Journal of Legal Education, 1951, p. 515.

En cette occasion il tint aussi des conférences aux Universités de Cornell, Harvard, North Carolina et Tulane.

Le professeur Gorla exerça aussi la profession d'avocat à Milano de 1932 à 1948, sa spécialisation étant surtout les sociétés anonymes.

Il est membre de la Société de Législation comparée et de l'American Foreign Law Association.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

6ème ANNÉE, 1952 — 1954
(Nos. 1 et 2)

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. HUSSEIN FAHMI*

6ème ANNÉE, 1952 — 1954
(Nos. 1 et 2)

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE